ЦР
Г2А9

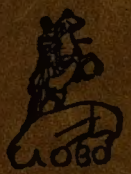
ТРУДЫ РУССКИХЪ УЧЕНЫХЪ ЗА-ГРАНИЦЕЙ
подъ редакціей проф. А. И. КАМИНКА

Ѳ. В. ТАРАНОВСКІЙ

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВА

Изданіе второе,
исправленное и дополненное

IV



1923

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО «СЛОВО», БЕРЛИНЪ

2 Ж 2

ТРУДЫ

РУССКИХЪ УЧЕНЫХЪ ЗА-ГРАНИЦЕЙ

подъ редакціей

проф. А. И. КАМИНКА

ТОМЪ IV

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО «СЛОВО»

ЦР
Т249

Проф. Ѳ. В. ТАРАНОВСКІЙ

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВА

Изданіе второе,
исправленное и дополненное

Р.С.Ф.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. МАРКСА и Ф. ЭНГЕЛЬСА
В. Ц. И. К.

1923

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО «СЛОВО»

2-ой

ЦР
Т249
БИБЛИОТЕКА
Ин-та марксизма-ленинизма
при ЦК КПСС
1088660
БИБЛИОТЕКА ИНСТИТУТА ЛЕНИНА
(421
34)
2021/36 с1
ЦФ
22965

Всѣ права, въ томъ числѣ и право перевода на другіе языки, принадлежатъ Издательству «СЛОВО», Берлинъ

2012

Предисловіе къ первому изданію

Преподавательская дѣятельность моя въ университетѣ и другихъ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ много лѣтъ уже связана съ двумя каѳедрами, — исторіи русскаго права и энциклопедіи права.

Чтеніе лекцій по энциклопедіи права на Петроградскихъ Высшихъ Женскихъ Курсахъ послужило непосредственнымъ поводомъ къ составленію настоящаго учебника. Выпуская его въ свѣтъ, считаю не лишнимъ сказать нѣсколько словъ въ оправданіе появленія его въ печати.

Такъ какъ не только «Энциклопедія законовѣдѣнія» К. А. Неволина, но и «Философія права» Б. Н. Чичерина принадлежитъ уже прошлому, а «Очерки по теоріи права» П. Г. Виноградова составлены въ специфическомъ стилѣ англійской юриспруденціи, то можно сказать, что всѣ современные русскіе курсы и руководства по энциклопедіи и общей теоріи права вышли изъ подъ пера лицъ, которыя въ области эмпирическаго правовѣдѣнія являются спеціалистами по догматической юриспруденціи и по политикѣ права. При этихъ условіяхъ, быть можетъ, найдетъ себѣ нѣкоторое оправданіе появленіе общаго ученія о правѣ и государствѣ въ освѣщеніи историка права.

Ѳ. Тарановскій.

12 января 1917 г.
Юрьевъ Лифонскій.

Предисловіе ко второму изданію

Для второго изданія авторъ просмотрѣлъ книгу и дополнилъ. Произведенный просмотръ сводится къ исправленію замѣченныхъ неточностей и обмолвокъ перваго изданія. Сдѣланныя дополненія касаются главнымъ образомъ критики односторонняго позитивизма, новѣйшей литературы предмета и эмпирическаго матеріала новѣйшаго положительнаго права, преимущественно конституціоннаго. Никакихъ измѣненій по существу во второмъ изданіи, сравнительно съ первымъ, нѣтъ.

Трагическій исходъ нашей февральской революціи 1917 года еще разъ засвидѣтельствовалъ и подтвердилъ несостоятельность и пагубность отвлеченнаго геометрически-прямолинейнаго рѣшенія правовыхъ и политическихъ проблемъ внѣ условій пространства и времени. Грозный опытъ дастъ

еще новое основаніе въ пользу историческаго, эволюціоннаго міровоззрѣнія, которому старался слѣдовать въ общемъ ученіи о правѣ и государствѣ авторъ настоящей книги.

Приводимое марксизмомъ отрицаніе права и государства принесло достойные плоды въ устройствѣ и жизни Совѣтской Россіи. Получаемое отсюда наглядное обученіе дѣлаетъ излишнимъ спеціальную теоретическую полемику съ марксизмомъ.

Что касается русскаго положительно-правового матеріала, во второмъ изданіи оставлено всюду наше до-революціонное право, отъ котораго съ возстановленіемъ государственнаго и правового порядка въ Россіи будетъ отправляться дальнѣйшее эволюціонное развитіе нашего Отечества.

Политическое и соціальное «творчество» большевиковъ оставлено безъ вниманія, ибо патологическій процессъ до времени его окончанія не поддается надлежащему теоретическому учету. Ясно лишь одно. Передъ нами развернулся грандіознѣйшій и ужасающій экспериментъ отрицательнаго характера. Онъ наглядно показываетъ, что основныя начала права и власти, регулируемыхъ общезначимой идеей нравственности, незыблемы какъ единственное средство къ культурному преуспѣянію человѣчества въ его извѣчномъ стремленіи къ Правдѣ Божьей.

Второе изданіе выходитъ на чужбинѣ, среди русской діаспоры... Вѣримъ и уповаемъ, что приведетъ Господь увидѣть «народъ освобожденный и рабство падшее»...

Ѳ. Тарановскій.

15/28 іюля 1922 г.
Земунъ (Королевство С. Х. С.).

ВВЕДЕНІЕ

§ 1. ЗАДАЧА И ПРЕДМЕТЪ ЭНЦИКЛОПЕДІИ ПРАВА

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, введеніе; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, гл. I; І. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, введеніе; Е. В. Спекторскій, Задачи энциклопедіи права, Кіевъ, 1915; Emil Lask, Rechtsphilosophie въ сборникѣ: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrhunderts, Festschrift für Kuno Fischer, hrsgg. v. W. Windelband, II. Bd., 1905, S. 1—50; Richard Schmidt, Einführung in die Rechtswissenschaft, I. Teil, 1921, § 6.

Спеціализація въ дѣлѣ научнаго изслѣдованія является въ наше время и общепризнаннымъ требованіемъ, и общераспространеннымъ фактомъ. Запасъ накопленныхъ знаній столь великъ, и способы добыванія новыхъ познаній, благодаря росту научной критики, столь сложны и трудны, что у одного человѣка нѣтъ болѣе возможности работать самостоятельно и продуктивно въ болѣе широкихъ и нѣсколькихъ заразъ областяхъ знанія, а поневолѣ приходится сосредоточиваться на изученіи болѣе узкихъ, во всякомъ случаѣ отдѣльныхъ группъ явленій. Чѣмъ болѣе разрастается наука, тѣмъ болѣе дробною становится спеціализація. Въ этомъ проявляется дѣйствіе начала раздѣленія труда, одинаково неизбѣжнаго и одинаково продуктивнаго въ производствѣ какъ матеріальныхъ, такъ и духовныхъ цѣнностей.

Спеціализація научнаго изслѣдованія вызывается различіемъ свойствъ объектовъ изученія. Различныя явленія требуютъ различныхъ способовъ изслѣдованія. Одни поддаются количественнымъ измѣреніямъ и могутъ быть выражены числомъ, другія — нѣтъ; для объясненія однихъ достаточно наблюденіе, къ другимъ необходимо примѣнять экспериментальный опытъ; однимъ словомъ, въ соотвѣтствіи съ особенностями изслѣдуемаго объекта устанавливаются особенные методы и видоизмѣняются пріемы изслѣдованія. Вслѣдствіе этого научныя спеціальности разнятся другъ отъ друга не только объектомъ, но и методомъ изслѣдованія. Различіе въ послѣднемъ отношеніи особенно затрудняетъ переходъ отъ одной области изученія къ другой и прикрѣпляетъ, такъ сказать, ученыхъ къ ихъ спеціальнымъ дисциплинамъ.

На научную спеціализацію воздѣйствуютъ не одни лишь теоретическіе запросы, но и потребности практической жизни. Общество по тѣмъ или другимъ причинамъ практическаго характера испытываетъ потребность

въ подробномъ разъясненіи тѣхъ или другихъ явленій весьма частнаго характера. Явленія эти съ теоретической точки зрѣнія могутъ не заслуживать столь подробнаго изученія и въ методологическомъ отношеніи могутъ не нуждаться въ обособленіи. Не смотря на это, практическія потребности въ данномъ случаѣ получаютъ преимущественное значеніе и способствуютъ выдѣленію соотвѣтственной спеціальности и усиленной ея разработкѣ.

Какъ ни важна научная спеціализація и въ познавательно-теоретическомъ, и въ общественно-практическомъ отношеніи, тѣмъ не менѣе у нея есть свои темныя стороны. Главный ея недостатокъ заключается въ односторонности спеціалиста. Всецѣло отдаваясь детальнымъ изысканіямъ, спеціалистъ постепенно утрачиваетъ сознаніе связи изучаемыхъ имъ подробностей съ цѣлымъ. Отъ ослабленія, а тѣмъ болѣе отъ утраты сознанія этой связи страдаютъ спеціальныя изысканія: придается чрезмѣрное значеніе мелочамъ, и дѣлаются обобщенія, которыя при болѣе широкомъ масштабѣ наблюденія могутъ оказаться несостоятельными; вмѣстѣ съ тѣмъ упускаются нерѣдко изъ виду такія стороны явленій, которыя оказываются существенными при сравненіи ихъ съ другими явленіями родственными.

Въ виду этихъ недостатковъ спеціализація должна быть восполняема пріобрѣтеніемъ болѣе широкихъ и болѣе общихъ идей, проникающихъ всю область человѣческаго знанія или, по крайней мѣрѣ, ближайшую группу наукъ, въ которой работаетъ спеціалистъ. Стремленіе къ общему идейному знанію извѣстно подъ именемъ энциклопедизма, и особыя дисциплины, предназначенныя удовлетворять потребности въ обобщенномъ знаніи, носятъ названіе энциклопедіи.

Слово энциклопедія — греческаго происхожденія (ἐγκύκλιος παιδεία) и обозначаетъ круговое, т. е. округленное, сомкнутое въ кругъ, законченное образованіе. Въ мірѣ греческой культуры понимали подъ энциклопедіей тотъ кругъ познаній, которымъ долженъ былъ обладать всякій образованный эллинъ, и который онъ пріобрѣталъ путемъ школьнаго обученія. Въ новое время въ унаслѣдованный отъ античнаго міра терминъ вложили новый смыслъ. Подъ нимъ разумѣютъ не принятый объемъ законченнаго школьнаго образованія, а нѣчто другое, именно, — либо совокупность всѣхъ человѣческихъ знаній, независимо отъ того, входятъ или не входятъ они въ программу общеобразовательнаго школьнаго изученія, либо особую научную дисциплину, дающую обобщенное знаніе въ предѣлахъ извѣстной группы наукъ. Первый изъ указанныхъ смысловъ прилагается къ механическимъ сборникамъ справокъ и разъясненій по всѣмъ отраслямъ наличнаго человѣческаго знанія; сборники эти составляются обычно въ алфавитномъ порядкѣ и извѣстны подъ названіемъ энциклопедическихъ словарей. Во второмъ смыслѣ говорятъ объ энциклопедіяхъ отдѣльныхъ группъ наукъ, каковы: энциклопедія богословія, энциклопедія медицины, энциклопедія права.

Наличность въ правовѣдѣніи особой энциклопедической дисциплины объясняется проникновеніемъ въ эту область знанія спеціализаціи и ея размноженіемъ. Въ основу дѣленія правовѣдѣнія на спеціальности легли два начала: 1) разнообразіе тѣхъ жизненныхъ отношеній, которыя регулируются правомъ, и 2) различіе тѣхъ точекъ зрѣнія, которыя примѣняются къ научной разработкѣ права.

Въ разнообразіи отношеній, регулируемыхъ правомъ, легко различаются три основныхъ группы: отношенія между частными лицами, отношенія между частными лицами и государственной властью, наконецъ — отношенія между государствами. Отсюда вытекаетъ различіе гражданскаго, государственнаго и международнаго права. Съ ростомъ культуры подлежащія жизненныя отношенія усложняются; указанныя группы ихъ даютъ дальнѣйшія подраздѣленія, подъ вліяніемъ чего выдѣляются новыя отрасли права. Развитіе торговли налагаетъ особый отпечатокъ на имущественный оборотъ по торговымъ сдѣлкамъ; вслѣдствіе этого на ряду съ правомъ гражданскимъ, опредѣляющимъ семейственныя и имущественныя отношенія частныхъ лицъ, образуется право торговое, которое регулируетъ имущественныя отношенія въ торговомъ оборотѣ. Развитіе государственной жизни ведетъ къ тому, что приходится регулировать правомъ не только устройство государственной власти, но и различныя отрасли государственной дѣятельности: судъ, общее управленіе, финансы. На ряду съ правомъ государственнымъ въ тѣсномъ смыслѣ слагаются право судебное, административное, финансовое. Развитіе международнаго общенія приводитъ къ тому, что приходится регулировать особыми нормами права не только отношенія между государствами, но и положеніе подданныхъ одного государства на территоріи другого, а также силу и значеніе сдѣлокъ, заключенныхъ въ одномъ государствѣ и подлежащихъ исполненію въ другомъ. Подъ вліяніемъ этого международное право распадается на публичное и частное. Церковь, какъ организованный союзъ вѣрующихъ съ самостоятельной въ своей области духовной властью, создаетъ свои особыя нормы церковнаго, или каноническаго права. Посягательства со стороны отдѣльныхъ лицъ на установившійся правовой порядокъ, направленныя на его нарушеніе и разрушеніе, вызываютъ реакцію со стороны государственной власти, которая борется съ ними мѣрами карательными. Издревле выдѣляются особыя юридическія нормы, которыя опредѣляютъ преступность извѣстныхъ дѣяній и налагаютъ наказаніе на виновниковъ этихъ дѣяній; нормы эти составляютъ уголовное право. Такимъ образомъ мы видимъ, что право распадается на нѣсколько отдѣльныхъ отраслей. Для разработки каждой изъ нихъ слагается особая научная дисциплина со своимъ особымъ объектомъ.

Къ разнообразію отраслей права, какъ особыхъ объектовъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, присоединяется еще различіе точекъ зрѣнія, подъ угломъ которыхъ происходитъ разработка и изученіе права. Прежде всего разрабатываютъ право для цѣлей примѣненія его къ конкретнымъ случаямъ какъ въ мирномъ оборотѣ, такъ и при столкновеніяхъ, подлежащихъ рѣшенію суда. При этой разработкѣ не подвергаютъ дѣйствующаго права критикѣ, но принимаютъ его положенія какъ нѣчто непреложное; вся задача разработки сводится къ возможно лучшему истолкованію дѣйствующихъ правоположеній, которое облегчило бы приложеніе ихъ къ конкретнымъ случаямъ практики. Такая разработка права называется догматической. Подъ догматизмомъ разумѣютъ такое направленіе мысли, которое само не отыскиваетъ исходныхъ общихъ положеній, но беретъ ихъ готовыми извнѣ и обращаетъ всѣ свои усилія на разъясненіе ихъ внутренняго содержанія и извлеченіе изъ нихъ отвѣтовъ на всевозможные частные случаи, выдвигаемые жизнью. Въ такомъ именно смыслѣ говорятъ о догмати-

ческой юриспруденціи по аналогіи съ догматическимъ богословіемъ. Но наука о правѣ не ограничивается догматизаціей. Въ интересахъ послѣдней необходимо поставить вопросъ о томъ, какъ создались нормы дѣйствующаго права, подъ вліяніемъ какихъ условій онѣ сложились, какая цѣль преслѣдовалась при ихъ установленіи. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ способствуетъ лучшему выясненію содержанія и смысла дѣйствующаго права. Такимъ образомъ догматическая точка зрѣнія на право осложняется исторической. Историческое изученіе постепенно выходитъ за предѣлы служенія практическимъ цѣлямъ догматической юриспруденціи и полагаетъ своей цѣлью теоретическое выясненіе процесса развитія права въ связи съ цѣлокупной исторіей человѣческаго общества. Отъ прошлаго и настоящаго взоръ юриста обращается наконецъ къ будущему. Жизнь неустанно движется впередъ, создаетъ новыя условія существованія и выдвигаетъ новыя цѣли для дѣятельности людей. Право должно поспѣвать за этимъ движеніемъ жизни. Ощущается непрерывная потребность въ измѣненіи дѣйствующаго права, въ установленіи все новыхъ и новыхъ юридическихъ нормъ. Научное правовѣдѣніе должно взять на себя удовлетвореніе этой потребности и вырабатывать руководящія начала для критическаго сужденія о дѣйствующемъ правѣ и для установленія надлежащихъ цѣлей и средствъ дальнѣйшаго правового творчества. Эту задачу принимаетъ на себя политика права. Политическая точка зрѣнія дѣйствуетъ въ правовѣдѣніи наряду съ догматической и исторической.

Какъ видимъ, спеціализація правовѣдѣнія идетъ въ двухъ направленіяхъ: примѣнительно къ спецификаціи юридическихъ нормъ и примѣнительно къ разработкѣ ихъ съ догматической, исторической и политической точекъ зрѣнія. Оба эти направленія пересѣкаются и увеличиваютъ такимъ образомъ число спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ, причемъ въ каждой изъ нихъ имѣется особый объектъ изученія и сообразно его особенностямъ видоизмѣняются пріемы изслѣдованія. Въ этихъ условіяхъ вполнѣ понятно появленіе и существованіе энциклопедіи права, какъ особой дисциплины, предназначенной для поддержанія связи между спеціальностями и для обобщенія ихъ частныхъ выводовъ.

Какъ ни понятно стремленіе правовѣдѣнія къ выдѣленію въ своихъ предѣлахъ особой диціплины обобщеннаго знанія, осуществленіе этого стремленія все-же встрѣчается съ нѣкоторымъ возраженіемъ принципіальнаго характера. Возраженіе это идетъ со стороны науки объ обществѣ, или соціологіи.

Творецъ и родоначальникъ соціологіи, какъ науки, Огюстъ Контъ показалъ, что существеннымъ признакомъ явленій общественной жизни оказывается ихъ взаимная обусловленность, ихъ согласіе (consensus) въ смыслѣ взаимной зависимости. Ни одна сторона общественной жизни не довлѣетъ себѣ, но обусловлена всѣми остальными и на нихъ въ свою очередь воздѣйствуетъ. Хозяйство, право, религія, наука, искусство находятся въ неразрывной связи другъ съ другомъ. Всякое измѣненіе въ одной изъ этихъ областей общественной жизни вызываетъ соотвѣтственныя измѣненія во всѣхъ другихъ. Основываясь на такомъ consensus'ѣ общественныхъ явленій, О. Контъ отрицалъ возможность обособленнаго изученія отдѣльныхъ сторонъ общественной жизни и въ силу этого отвергалъ самостоятельность

отдѣльныхъ общественныхъ наукъ и спеціально политической экономіи, несмотря на то, что успѣхи послѣдней во многомъ подготовили почву для зарожденія соціологіи. Общественныя явленія, по мнѣнію О. Конта, подлежатъ изученію въ единой и недѣлимой наукѣ — соціологіи. При такой точкѣ зрѣнія правовѣдѣніе низводится на степень прикладного умѣнія и не можетъ возвыситься до научнаго знанія. Само собою разумѣется, что при такихъ условіяхъ не можетъ образоваться въ предѣлахъ правовѣдѣнія никакой дисциплины обобщеннаго знанія. Если невозможно обособленное изученіе права, то совершенно немыслимы какія бы то ни было обобщенія о правѣ въ предѣлахъ правовѣдѣнія, за которымъ не признается научная самостоятельность

Приведенное возраженіе содержитъ въ себѣ весьма цѣнную мысль, которая однако при правильномъ ея примѣненіи отнюдь не уничтожаетъ правовѣдѣнія, какъ науки, но напротивъ того оказывается въ высшей степени для него плодотворной. Безспорно цѣннымъ и важнымъ является установленная О. Контомъ идея consensus'a общественныхъ явленій. Но сдѣланный изъ этой идеи выводъ относительно недѣлимости единой науки объ обществѣ не представляется логически необходимымъ. Изъ consensus'a общественныхъ явленій отнюдь не слѣдуетъ, чтобы нельзя было обособлять отдѣльныя стороны общественной жизни для спеціальнаго изученія. Въ интересахъ раздѣленія научнаго труда такое обособленіе неизбѣжно. Требуется лишь, чтобы обособленные объекты разсматривались не изолированно, а въ связи съ другими сторонами общественной жизни. Изслѣдователь-спеціалистъ долженъ помнить объ этой связи и опираться на нее, когда дѣлаетъ какіе либо выводы относительно своего спеціальнаго объекта. Обособленіе объекта не тождественно съ его изолированіемъ: послѣднее неправильно и вредно, первое неизбѣжно, вполнѣ допустимо и плодотворно для успѣховъ знанія.

Практическія потребности общественной жизни являются причиной выдѣленія права въ качествѣ объекта самостоятельнаго изслѣдованія. И судья, и законодатель, и гражданинъ нуждаются въ томъ, чтобы право разрабатывалось какъ таковое съ возможной тщательностью и подробностью. Правовѣдѣніе культивировалось вѣками и накопило массу научнаго опыта, раньше чѣмъ появилась соціологія, какъ наука. Нѣтъ ни возможности, ни надобности лишать правовѣдѣніе его самостоятельнаго научнаго существованія.

Удовлетворяя неизмѣннымъ потребностямъ общества и слѣдуя вѣковой традиціи своей научной самостоятельности, правовѣдѣніе не остается однако глухимъ къ цѣнной идеѣ consensus'a общественныхъ явленій. Оно воспринимаетъ ее и обращаетъ себѣ на пользу. Подъ ея вліяніемъ юриспруденція выходитъ за предѣлы раскрытія формальнаго логическаго содержанія дѣйствующаго права и устанавливаетъ связь его со всѣми остальными сторонами общественной жизни. На этой почвѣ стоятъ и догматика, и исторія, и политика права. На этой же почвѣ должна стоять и энциклопедія права. Вырабатываемое ею обобщенное въ предѣлахъ правовѣдѣнія знаніе разсматриваетъ право, какъ явленіе соціальное, въ связи съ другими сторонами общественной жизни.

Предметомъ энциклопедіи права является общее ученіе о правѣ, т. е. раскрытіе тѣхъ основныхъ идей правовѣдѣнія, которыя проникаютъ всѣ спеціальныя юридическія дисциплины и получаютъ въ нихъ подробное развитіе примѣнительно къ особенностямъ ихъ частнаго объекта и той точки зрѣнія, съ которой онъ разматривается. Въ составъ общаго ученія о правѣ входятъ: установленіе понятія о правѣ, выясненіе взаимоотношенія между правомъ и нравственностью, дѣленіе права на отдѣльные виды, формы образованія права, выясненіе процесса осуществленія велѣній права въ поступкахъ людей и способовъ изученія историческаго развитія права. Послѣдовательное разсмотрѣніе перечисленныхъ вопросовъ знакомитъ насъ съ правомъ, какъ общимъ объектомъ всѣхъ юридическихъ наукъ, указываетъ тѣ основанія, на которыхъ покоится спеціализація юридическихъ дисциплинъ, и, наконецъ, раскрываетъ своеобразіе различныхъ пріемовъ разработки и изслѣдованія права.

Право неразрывно связано съ государствомъ: государство составляетъ непосредственную среду для развитія права, и государственная организація въ свою очередь облекается въ правовыя формы. Вслѣдствіе указанной неразрывной связи за общимъ ученіемъ о правѣ слѣдуетъ въ энциклопедіи права общее ученіе о государствѣ. Въ составъ общаго ученія о государствѣ входятъ: опредѣленіе конститутивныхъ элементовъ государственной жизни, выясненіе функцій и опредѣленіе органовъ государственной власти, классификація государствъ и вопросъ о взаимоотношеніи между государствомъ и правомъ.

Построенная по такому плану энциклопедія права преподается приступающимъ къ изученію правовѣдѣнія въ качествѣ необходимаго введенія къ послѣдующимъ спеціальнымъ занятіямъ по отдѣльнымъ юридическимъ дисциплинамъ. Усвоенныя изъ энциклопедіи общія понятія и идеи даютъ возможность ориентироваться въ той массѣ фактическаго и теоретическаго матеріала, которую содержатъ спеціальныя юридическія науки.

Не всегда предметомъ энциклопедіи признавалось общее ученіе о правѣ и о государствѣ. Задача объединенія спеціальностей и пріобрѣтенія обобщеннаго знанія о правѣ разрѣшалась въ прежнее время преимущественно чисто механически, путемъ конспективнаго изложенія въ энциклопедіи содержанія всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ. Такой пріемъ нельзя признать ни надлежащимъ, ни цѣлесообразнымъ. Простое сопоставленіе спеціальностей въ одномъ курсѣ или въ одной книгѣ не есть еще объединеніе ихъ или обобщеніе ихъ частныхъ выводовъ. Конспективное изложеніе спеціальностей не можетъ служить подходящимъ введеніемъ для начинающихъ; оно даетъ имъ тотъ же разрозненный матеріалъ только въ сокращенномъ видѣ, отчего матеріалъ этотъ не становится доступнѣе пониманію. Въ виду этого энциклопедія права порвала съ прежней традиціей и стала на путь общаго ученія о правѣ и о государствѣ.

Измѣненіе предмета и содержанія энциклопедіи права въ новѣйшее время представляется нѣкоторымъ ученымъ столь кореннымъ, что высказано было мнѣніе о необходимости присвоить обобщающей дисциплинѣ въ правовѣдѣніи новое названіе, — общей теоріи права. На этомъ особенно настаивалъ извѣстный русскій юристъ послѣдней четверти минувшаго столѣтія Н. М. Коркуновъ. Мы полагаемъ, что для измѣненія привычнаго

названія науки нѣтъ достаточнаго основанія, потому что и старыя энциклопедіи не ограничивались однимъ лишь краткимъ обзоромъ спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ, но обычно предпосылали ему элементы общаго ученія о правѣ. Между старымъ и новымъ пониманіемъ предмета энциклопедіи права нѣтъ полнаго отсутствія преемства, и потому нѣтъ особенной надобности упразднять старое названіе, установленное еще въ XVII столѣтіи и освященное вѣковой традиціей университетскаго преподаванія и научной литературы.

Н. М. Коркуновъ пытался отыскать для названія общей теоріи права историко-литературный прецедентъ и ссылался съ этой цѣлью на нѣмецкаго юриста первой половины XIX столѣтія Фалька, въ юридической энциклопедіи котораго (Falck, Juristische Encyclopädie, 1-ое изд. 1821 г.) нашелъ мысль о необходимости создать общее ученіе о правѣ (allgemeine Rechtslehre). Эту попытку Н. М. Коркунова слѣдуетъ признать неудачной, такъ какъ Фалькъ подъ именемъ общаго ученія о правѣ понималъ не общую теорію права, а нѣчто совсѣмъ иное. По мысли Фалька общее ученіе о правѣ заключалось въ извлеченіи изъ дѣйствующаго законодательства такихъ правоположеній, которыя, хотя прямо въ немъ и не выражены, тѣмъ не менѣе вытекаютъ съ логическою необходимостью изъ правоположеній, выраженныхъ въ положительныхъ законахъ непосредственно. Понимаемое такимъ образомъ общее ученіе о правѣ должно служить руководствомъ для судьи въ случаяхъ видимой неполноты закона (Falck Juristische Encyclopädie, 5-te Ausgabe von Ihering, Kiel, 1851, §§ 54—57). Историко-литературная справка не говоритъ такимъ образомъ въ пользу новаго названія.

Названіе общей теоріи права, или просто теоріи права, или теоріи правовѣдѣнія принято въ настоящее время и въ русской литературѣ (Л. І. Петражицкимъ, Г. Ф. Шершеневичемъ), и въ нѣмецкой (Штаммлеромъ). На ряду съ этимъ сохраняется въ нашемъ университетскомъ уставѣ и въ русской литературѣ (напр., кн. Е. Н. Трубецкимъ, Е. В. Спекторскимъ) старое названіе энциклопедіи права.

Практика университетскаго преподаванія въ Германіи выдвинула за послѣднее время новое названіе «введенія въ правовѣдѣніе» (Einführung in die Rechtswissenschaft). Подъ этимъ названіемъ появилось уже нѣсколько учебниковъ энциклопедіи права (Колера, Штернберга). Названіе это подчеркиваетъ пропедевтическій характеръ энциклопедіи права и въ этомъ находитъ свое оправданіе.

По указаннымъ выше соображеніямъ мы сохраняемъ старое традиціонное названіе, но въ концѣ концовъ не придаемъ этому обстоятельству никакого существеннаго значенія. Дѣло не въ названіи, а въ пониманіи задачи и предмета обобщающей дисциплины въ правовѣдѣніи. Въ послѣднемъ отношеніи у насъ нѣтъ разномыслія ни съ тѣми, кто придерживается названія теоріи права, или правовѣдѣнія, ни съ тѣми, кто предпочитаетъ «введеніе въ правовѣдѣніе».

Энциклопедію права противопоставляютъ нерѣдко философіи права. Какъ ни разнообразно пониманіе послѣдней у различныхъ авторовъ, все же въ немъ можно подмѣтить два основныхъ направленія. Одно направленіе полагаетъ задачу и особенность философіи права въ построеніи ме-

тафизическаго (сверхопытнаго) ученія о правѣ; другое направленіе сводитъ философскій элементъ къ т. н. гносеологіи, т. е. теоріи познанія, и полагаетъ особую задачу философіи права въ изслѣдованіи особенностей теоріи познанія правовыхъ явленій.

Думается намъ, что нѣтъ достаточнаго основанія противополагать философію права энциклопедіи, понимаемой въ смыслѣ общаго ученія о правѣ. Станемъ ли мы строить эмпирическое или метафизическое общее ученіе о правѣ, заданіе у насъ будетъ одно и то же, разница же проявится только въ различіи методовъ. Единствомъ заданія достаточно обезпечивается единство научной дисциплины и устраняется надобность раздвоенія. Существовали ранѣе метафизическія энциклопедіи права (напр., въ 40-хъ годахъ XIX в.), могутъ существовать и теперь. Дѣло однако въ томъ, что по современному состоянію науки чисто метафизическое общее ученіе о правѣ оказывается невозможнымъ; оно должно сочетаться съ ученіемъ эмпирическимъ. А разъ это такъ, то нѣтъ достаточнаго основанія выдѣлять философію права какъ самостоятельную дисциплину по признаку сочетанія въ ней эмпирическаго ученія съ метафизическимъ, тѣмъ болѣе, что и эмпирическое ученіе о правѣ не обходится безъ нѣкоторыхъ предпосылокъ внѣопытнаго, умозрительнаго характера.

Если свести философію права къ одной лишь теоріи познанія правовыхъ явленій, то въ такомъ случаѣ мы получимъ не юридическую, хотя бы и обобщающую, дисциплину, а часть гносеологіи, т. е. общей философіи. Это вспомогательная для правовѣдѣнія дисциплина, но не часть правовѣдѣнія. Такой философіи права въ дѣйствительности и нѣтъ въ литературѣ. Замѣчается на самомъ дѣлѣ нѣчто другое, — внесеніе въ общее ученіе о правѣ гносеологическихъ вопросовъ въ болѣе значительной мѣрѣ, чѣмъ это обычно принято дѣлать. Такое расширеніе гносеологической стороны общаго ученія о правѣ отнюдь не мѣшаетъ, какъ это недавно отмѣчено въ русской литературѣ (Е. В. Спекторскимъ), сохраненію единства и названія энциклопедіи права, освященнаго многовѣковой научной традиціей.

§ 2. ОЧЕРКЪ ИСТОРИЧЕСКАГО РАЗВИТІЯ НАУЧНАГО ПРАВОВѢДѢНІЯ И ЭНЦИКЛОПЕДІИ ПРАВА

Friedländer, Juristische Encyclopädie, 1847, S. 4—42; П. Рѣдкинъ, Обозрѣніе юридической литературы (по юридич. энциклопедіи), Юрид. Записки, 1860, т. IV.; R. Stintzing — Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abth., 1880, II. Abth., 1884, III. Abth. I. Halbband, 1898, II. Halbband, 1910.

I. Научное правовѣдѣніе нашей европейской культуры ведетъ свое начало отъ римской юриспруденціи. Римскіе юристы, оставившіе намъ блестящіе, во многомъ не превзойденные образцы юридическаго мышленія, разрабатывали не всѣ области права, а преимущественно лишь одну изъ нихъ, — право гражданское, которое нормируетъ семейственныя и иму-

щественныя отношенія частныхъ лицъ. Хотя гражданское право представляетъ собою только одинъ спеціальный отдѣлъ правовѣдѣнія, тѣмъ не менѣе оно весьма обширно по содержанію и требуетъ усвоенія значительнаго количества подробностей. Чтобы овладѣть обильнымъ матеріаломъ гражданскаго права, требовалось для изучающаго нѣкоторое общее введеніе, въ которомъ выяснялись основныя гражданско-правовыя понятія. Такимъ введеніемъ являлись т. н. институціи, служившія пропедевтическимъ учебникомъ въ школахъ правовѣдѣнія римской имперіи. До насъ дошли Институціи Гая, извѣстнаго римскаго юриста II в. по Р. Х. Въ составѣ Corporis iuris civilis тоже имѣются Институціи въ качествѣ общаго теоретическаго введенія къ Юстиніанову своду. Институціи были своего рода энциклопедіей гражданскаго права. Въ болѣе широкой энциклопедіи права надобности не ощущалось, такъ какъ научный интересъ сосредоточивался преимущественно на области гражданскаго права.

Съ XI в. обращаются въ западной Европѣ къ изученію римскаго права. Читаютъ Corpus iuris civilis и стараются усвоить его содержаніе съ цѣлью практическаго примѣненія его постановленій на судѣ. Въ соотвѣтствіи съ практически-судебными цѣлями изученіе не идетъ далѣе толкованія текста Юстиніанова свода. Толкованія отдѣльныхъ мѣстъ текста записывались между строкъ или на поляхъ рукописи и извѣстны были подъ названіемъ глоссъ. Послѣднія дали имя всей школѣ юристовъ, занятыхъ усвоеніемъ и толкованіемъ римскаго права. Они были прозваны глоссаторами. Школа глоссаторовъ господствовала до половины XIII вѣка. Пріемы ея фрагментарнаго (отрывочнаго) и казуистическаго (примѣнявшагося къ частнымъ случаямъ) толкованія продолжались еще въ теченіе двухъ съ половиною столѣтій, но съ середины XIII вѣка претерпѣли нѣкоторое измѣненіе. За два столѣтія накопилось громадное количество глоссъ, дававшихъ разнообразныя и противорѣчивыя толкованія положеній Юстиніанова Свода. Необходимо было разобраться въ различныхъ сужденіяхъ и установить общее мнѣніе ученыхъ (communis opinio doctorum). Затѣмъ по мѣрѣ роста практическаго примѣненія римскаго права въ судахъ нужно было приспособить римскія правоположенія къ особенностямъ средневѣковой жизни. Объ эти задачи достигались путемъ спеціальныхъ разъясненій глоссъ, или комментаріевъ къ нимъ. Новый видъ литературно-юридическихъ произведеній далъ новое имя ихъ авторамъ: глоссаторовъ смѣнили постглоссаторы, или комментаторы, продолжавшіе старые экзегетическіе (экзегеза = толкованіе) пріемы изученія вплоть до XVI вѣка.

И у глоссаторовъ, и у комментаторовъ научное правовѣдѣніе ограничивалось римскимъ правомъ. Вращаясь въ предѣлахъ, начертанныхъ классической римской юриспруденціей, объ средневѣковыя школы признавали основнымъ предметомъ своего изученія гражданское право. Выдвигались отдѣльные вопросы изъ области права государственнаго, преимущественно о правахъ монарха; распространялись гражданско-правовыя нормы на международныя отношенія; приходилось при толкованіи libri terribilis Дигестовъ касаться отдѣльныхъ вопросовъ о преступленіи и наказаніи, т. е. уголовнаго права; но все это были лишь отдѣльные экскурсы въ другія области, изъ которыхъ не создавались спеціальныя юридическія

дисциплины. Научное правовѣдѣніе въ общемъ текло по руслу цивилистики (науки гражданскаго права). При такомъ положеніи дѣла не ощущалось надобности въ энциклопедіи права. Основныя общія понятія для цивилистики доставляли Институціи римскаго права.

Потребность въ обобщающей дисциплинѣ вызывается только значительной спеціализаціей науки. Спеціализація начала создаваться еще въ теченіе среднихъ вѣковъ и проявилась въ двоякомъ направленіи; въ разнородности правового матеріала по происхожденію юридическихъ нормъ и по характеру опредѣляемыхъ ими жизненныхъ отношеній. Остановимся на важнѣйшихъ моментахъ этого процесса спеціализаціи, происходившаго еще въ средніе вѣка. Такими моментами являются образованіе каноническаго права, развитіе права феодальнаго, или леннаго, и обособленіе разработки уголовнаго права.

Въ католической церкви слагалось свое самостоятельное право, основанное на церковныхъ постановленіяхъ, или канонахъ, и воспринявшее многое изъ права римскаго. Право церкви, или каноническое право, не входило въ кругъ занятій юристовъ и разрабатывалось первоначально богословами. Въ половинѣ XII вѣка Граціанъ изъ Болоньи собралъ всѣ церковныя постановленія, извѣстныя также подъ названіемъ декретовъ, и составилъ изъ нихъ сборникъ: Decretum, или Concordia discordantium canonum. Сборникъ этотъ послужилъ первоначальнымъ сводомъ канонического права. Тогда изученіемъ его занялись юристы. Декретъ Граціана стали глоссировать на подобіе Юстиніанова свода. Въ научномъ правовѣдѣніи образовались такимъ образомъ двѣ спеціальности: римскаго, или гражданскаго права, и церковнаго, или каноническаго. Представители первой спеціальности получили названіе легистовъ и цивилистовъ, т. е. знатоковъ свѣтскихъ законовъ и гражданскаго права. Представителей второй спеціальности называли декретистами, или канонистами, т. е. знатоками церковныхъ постановленій, которыя обозначались то латинскимъ терминомъ декретовъ, то греческимъ терминомъ каноновъ. Законченное юридическое образованіе должно было совмѣщать въ себѣ обѣ спеціальности, которыя и вошли въ кругъ преподаванія права въ итальянскихъ университетахъ. Сообразно этому и высшая ученая степень давала юристамъ званіе доктора обоихъ правъ, — гражданскаго и каноническаго (doctor utriusque iuris, sc. civilis et canonici).

Отношенія по землевладѣнію сложились въ средніе вѣка въ своеобразный, чуждый римскому праву, строй, въ основѣ котораго лежало стеченіе на одной и той же землѣ нѣсколькихъ правъ обладанія, что создавало положеніе, не поддающееся учету съ точки зрѣнія строгаго права исключительной собственности. Строй этотъ извѣстенъ подъ названіемъ феодальнаго, или леннаго. Для регулированія новыхъ отношеній по землевладѣнію выработалась постепенно путемъ обычая самостоятельная система леннаго права. Это обычное ленное право достигло наибольшаго развитія раньше всего въ Ломбардіи, гдѣ оно и записано было впервые въ XII вѣкѣ въ особомъ сборникѣ, извѣстномъ подъ названіемъ Lex Lombarda. Сборникъ этотъ стали изучать и глоссировать. Такимъ образомъ ленное право стало предметомъ научнаго правовѣдѣнія и образовало изъ себя спеціальную юридическую дисциплину (ius feudale).

Къ XIII вѣку относятся первые начатки спеціальной разработки уголовнаго права. Дисциплина эта достигла болѣе значительнаго развитія и получила особое мѣсто въ университетскомъ преподаваніи только въ XVI столѣтіи.

Съ умноженіемъ и дробленіемъ правового матеріала почувствовалась потребность въ произведеніяхъ, которыя давали бы возможность одновременнаго обозрѣнія и сопоставленія всего правового матеріала, учитываемаго научной юриспруденціей, по крайней мѣрѣ въ его основныхъ положеніяхъ. Удовлетвореніемъ такой потребности явилось въ XIII столѣтіи составленное Вильгельмомъ Дурантисомъ Speculum iudiciale seu iuris. Сочиненіе это излагало въ пособіе практическимъ юристамъ систему всего дѣйствовавшаго тогда права, свѣтскаго и церковнаго. Оно дѣлилось на четыре части: 1) о лицахъ, дѣйствующихъ въ судопроизводствѣ, 2) о дѣйствіяхъ въ гражданскомъ судопроизводствѣ, 3) о дѣйствіяхъ въ уголовномъ судопроизводствѣ и 4) практическое право въ примѣненіи къ отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ, а именно: отдѣльные иски и рядъ вопросовъ изъ гражданскаго права. Мысль издать такое сочиненіе спеціально по правовѣдѣнію и самое названіе для своего труда Дурантисъ заимствовалъ у своего современника Викентія де Бовэ, составившаго Speculum majus vel quadruplex, сборникъ всего наличнаго знанія того времени, отражавшій въ себѣ, какъ въ зеркалѣ, все, добытое усиліями человѣческой мысли.

Юридическое зерцало Дурантиса представляло собою механическое сведеніе всего научно разработаннаго правового матеріала для цѣлей судебной и школьной практики. Оно должно было служить справочной книгой для судей и общимъ руководствомъ для изучающихъ право. Легко однако понять, что оно не могло достигать намѣченныхъ цѣлей съ особымъ успѣхомъ. Для судьи недостаточны были сопоставленныя въ зерцалѣ общія начала разныхъ правовыхъ системъ; рѣшеніе частнаго случая, являющееся задачей судьи, требовало детальнаго знанія отдѣльныхъ положеній той спеціальной системы права, къ которой относился данный судебный казусъ (случай). Зерцало не могло замѣнить глоссъ и комментаріевъ по соотвѣтственной спеціальности. Изучающій право съ трудомъ одолѣвалъ многопредметное Зерцало. Механическое сопоставленіе разныхъ системъ и областей права не давало ничего новаго сравнительно съ послѣдовательнымъ усвоеніемъ отдѣльныхъ спеціальностей и даже не облегчало труда изученія, такъ какъ не сводило разнороднаго и разнообразнаго матеріала къ внутреннему единству лежащихъ въ его основѣ общихъ идей. Не оказавшись пригоднымъ для намѣченныхъ цѣлей, Зерцало Дурантиса осталось въ юридической литературѣ одинокимъ явленіемъ, не вызвавшимъ подражателей и послѣдователей.

Если нецѣлесообразно было сжатое изложеніе всего правовѣдѣнія въ одной книгѣ, то приходилось искать иныхъ средствъ, которыя облегчали бы начинающимъ изученіе права. Этого требовало накопленіе допущеннаго въ научный оборотъ правового матеріала и разростаніе спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ. Необходимо было указать начинающему, какія системы права дѣйствовали, какіе имѣются тексты и сборники лежащихъ въ ихъ основѣ правоположеній, какими снабжены они глоссами и комментаріями, какъ слѣдуетъ разбираться въ многообразіи наличныхъ толкованій

108860
22125
Библиотека Института Ленина
БИБЛИОТЕКА
Ин-та Маркса-Энгельса-Ленина при ЦК ВКП(б)

текстовъ, на какія спеціальныя дисциплины дѣлится научное правовѣдѣніе, и какія имѣются систематическія подраздѣленія этихъ дисциплинъ. Въ теченіе XV-го и до половины XVI ст. появляется цѣлый рядъ юридическихъ произведеній, которыя стремятся удовлетворить указанной выше потребности. Особенность ихъ задачи находитъ себѣ выраженіе въ самыхъ заглавіяхъ. Заглавія эти были преимущественно въ такомъ родѣ: methodus, ratio docendi discendique; iuris ars et scientia; prolegomena iuris; epitome tyrocinii iuris; exercitatio iuris; paraenesis de studio legali и т. п. Все это были произведенія пропедевтическія и методологическія въ одно и то же время: они вводили начинающаго въ изученіе права путемъ указанія надлежащаго метода. Лежащая въ основѣ ихъ мысль была сама по себѣ плодотворна. Въ самомъ дѣлѣ, если матеріалъ, подлежащій изученію, сложенъ и труденъ, то цѣлесообразнѣе всего предпослать его изученію указанія правильнаго метода. Въ дѣйствительности ни замыселъ, ни осуществленіе его въ методологическихъ пропедевтикахъ XV—XVI вв. не были столь глубоки и плодотворны, какъ это кажется съ перваго взгляда. Причину этого явленія слѣдуетъ искать въ общихъ особенностяхъ средневѣковаго склада мысли, отражавшихся и въ правовѣдѣніи.

Основной особенностью средневѣковаго мышленія является догматизмъ. Догматизмъ принимаетъ истину, данную извнѣ, и сводитъ всю дѣятельность разума къ усвоенію этой истины, выведенію изъ нея частныхъ положеній и подведенію подъ нее новыхъ явленій, на которыя наталкиваетъ человѣка неустанно движущаяся и развивающаяся жизнь. Нѣтъ при этомъ самостоятельнаго изслѣдованія явленій; не возникаетъ вопроса и о томъ, какимъ путемъ добыты тѣ положенія, которыя принимаются за истину, исповѣдуются какъ догматъ. Средніе вѣка обладали тремя источниками истины, которыми питались различныя стороны міровоззрѣнія эпохи, — религія, философія и право. Источниками этими были: Священное Писаніе, Аристотель и римское право въ Юстиніановомъ Сводѣ. Высшимъ непроизводнымъ авторитетомъ пользовался первый изъ указанныхъ источниковъ въ силу своей непосредственной богоустановленности и боговдохновенности; два другихъ получали признаніе и освященіе отъ перваго. Основное ученіе Аристотеля о внутренней цѣлестремительности всѣхъ вещей совпадало въ умѣ средневѣковаго мыслителя съ телеологической концепціей (цѣлевымъ пониманіемъ) міра въ Священномъ Писаніи, согласно которой міровая жизнь есть постепенное стремленіе къ цѣли, поставленной Божественнымъ Провидѣніемъ. Этого совпаденія было вполнѣ достаточно для признанія всей философіи Аристотеля и приспособленія ея къ божественной истинѣ Священнаго Писанія. Въ предначертанномъ Божественнымъ Провидѣніемъ процессѣ подготовленія человѣчества къ воспріятію «града Божія» отведено было соотвѣтственное мѣсто земнымъ царствамъ. Задача послѣднихъ сводилась къ объединенію людей, дисциплинированію ихъ и насажденію среди нихъ справедливости съ цѣлью подготовленія ихъ къ воспріятію высшей божественной правды. Среди земныхъ царствъ особенно выдѣлялась римская имперія, которая дала міру единство, способствовавшее быстрому распространенію евангельской проповѣди, и создала совершеннѣйшую систему права, которую могла воспринять церковь. Какъ отраженіе закона, начертаннаго самимъ Богомъ въ сердцахъ

людей, римское право пріобрѣло значеніе непреложнаго источника земной справедливости.

Въ духѣ общаго догматизма развивалось и средневѣковое правовѣдѣніе. На Corpus iuris civilis смотрѣли какъ на скрижаль истиннаго закона. Не задавались вопросомъ о томъ, какъ были выработаны содержащіяся въ немъ правоположенія. Ихъ принимали безъ провѣрки и направляли всѣ умственныя усилія на то, чтобы усвоить ихъ содержаніе и истолковать послѣднее. Такъ поступали глоссаторы, постепенно овладѣвшіе ключомъ разумѣнія закона. Но на этомъ догматизмъ мысли не остановился, такъ какъ ему присуще прогрессированіе въ дѣлѣ преклоненія предъ внѣшнимъ авторитетомъ. Мы уже видѣли, какъ отъ признанія первоначальнаго божественнаго авторитета Священнаго Писанія перешли къ признанію производнаго авторитета Аристотеля и Юстиніанова Свода. Умноженіе внѣшнихъ авторитетовъ продолжалось въ области правовѣдѣнія. Авторитетъ закона былъ перенесенъ на законниковъ, каковыми были глоссаторы. Послѣдующая школа комментаторовъ признала за догматъ не только положенія Юстиніанова Свода, но и глоссы къ нему.

Догматизмъ мышленія своеобразно отразился и на пониманіи научнаго метода. Догматикъ обладалъ готовой истиной. Не было надобности отыскивать ее путемъ самостоятельнаго изслѣдованія явленій. Не могло быть при такомъ положеніи дѣла и метода изслѣдованія, или, какъ выражались впослѣдствіи, метода нахожденія (methodus inveniendi). Задача познанія сводилась къ усвоенію готовой истины и истолкованію ея. Существовалъ лишь методъ разсужденія (methodus disserendi) въ предѣлахъ догматической истины.

Этого рода методъ разсужденія и составлялъ содержаніе юридическихъ пропедевтикъ XV—XVI ст., о которыхъ говорили мы выше. Подъ методомъ онѣ разумѣли способы и средства усвоенія обильнаго и разнообразнаго правового матеріала, распредѣленіе мнѣній толкователей закона по группамъ и категоріямъ, правила установленія общаго мнѣнія ученыхъ, пріемы выработки юридическихъ формулъ, всевозможныя внѣшнія дѣленія и подраздѣленія права, схемы систематическаго изложенія юридическихъ разсужденій.

Нѣтъ надобности останавливаться на перечисленіи методическихъ пропедевтикъ правовѣдѣнія XV—XVI ст. Достаточно указать, что важнѣйшія изъ нихъ были собраны въ изданіи Рейснера (Reussner): *Χειραγωγία* s. cynosura iuris, quae est farrago selectissimorum libellorum isagogicorum de iuris arte omnique ratione docendae discendaeque iurisprudentiae (Spirae, 1588).

II. Шестнадцатое столѣтіе вноситъ существенныя измѣненія въ разработку научнаго правовѣдѣнія. Измѣненія эти вызваны тѣмъ общимъ культурнымъ движеніемъ эпохи, которое извѣстно подъ названіемъ возрожденія. Это было возрожденіе античной культуры въ смыслѣ критическаго изученія ея по первоисточникамъ, обращеніе къ древности съ цѣлью усвоенія пріемовъ ея творчества и приложенія послѣднихъ къ дальнѣйшему созиданію культуры. И въ средніе вѣка пользовались плодами античной культуры, но пользовались ими какъ варвары и рабы, въ руки которыхъ попало богатое наслѣдіе просвѣщенныхъ господъ. Вещественныя и

духовныя произведенія, уцѣлѣвшія отъ классической древности, приспособляли къ удовлетворенію потребностей своей жизни, не задумываясь надъ тѣмъ, какъ создавались эти произведенія, и не задаваясь мыслью о томъ, чтобы чрезъ ихъ изученія стать на путь самостоятельнаго творчества. Дѣлали изъ языческихъ храмовъ христіанскія церкви, превращали изваянія Венеры въ статуи Мадонны, въ разговорной рѣчи и на письмѣ пользовались вульгарной латынью, приспособляли Corpus iuris civilis къ потребностямъ своего гражданскаго оборота и суда. Шла грубая техническая эксплоатація богатаго наслѣдія прошлаго, но творческій духъ древней культуры оставался неразгаданнымъ и неизвѣстнымъ. Возрожденіе было духовнымъ освобожденіемъ средневѣковой Европы, переходомъ отъ варварскаго потребленія продуктовъ античной культуры къ свободному преклоненію предъ ея творческимъ геніемъ; преклоненіе сопровождалось стремленіемъ уяснить себѣ сущность этого генія и путемъ изученія классической древности вывѣдать у нея тайну культурнаго созиданія. Общій переворотъ въ настроеніи умовъ эпохи возрожденія проявился и въ правовѣдѣніи.

Рабской приверженностью къ буквѣ римскаго права одержимы были и глоссаторы, и комментаторы. Кропотливое толкованіе словъ и фрагментовъ (отрывковъ) поглощало всю ихъ дѣятельность. За подробностями и частностями они не видѣли общей системы права, не находили руководящихъ ея принциповъ. Имъ и въ голову не приходило ставить вопросъ о томъ, какъ сложились и выработались тѣ стройныя и законченныя правила, которыя были извлечены римскими юристами изъ бытового матеріала юридическихъ отношеній. Конечно, для первоначальнаго усвоенія римскаго права было необходимо и въ теченіе извѣстнаго, довольно продолжительнаго времени достаточно то фрагментарное толкованіе Corporis iuris civilis, которымъ занимались глоссаторы и комментаторы. Долженъ былъ однако наступить моментъ, когда подобная разработка оказалась недостаточной. Пережевываніе глоссъ завело юриспруденцію въ тупикъ. Запросы новой жизни съ ея осложнившимся гражданскимъ оборотомъ требовали самостоятельнаго правового творчества. Недостаточно уже было владѣть готовыми формулами римскаго права; необходимо было по нимъ возстановить тѣ пріемы юридической конструкціи (построенія), помощью которыхъ римскіе правовѣды создавали свои формулы и находили для нихъ столь совершенное выраженіе. Спеціальная задача, открывшаяся предъ юриспруденціей, совпадала съ общей культурной задачей эпохи Возрожденія.

Родиной и главнымъ полемъ дѣйствія глоссаторовъ и комментаторовъ была Италія, откуда вліяніе школы проникло и въ другія страны европейскаго материка. Въ Италіи же зародилось, развилось и изъ нея распространилось по всей Европѣ возрожденіе наукъ и искусствъ. Но приложеніе идей возрожденія къ правовѣдѣнію выпало на долю Франціи. Два французскихъ юриста XVI вѣка, — Куяцій и Донеллъ, — обновили науку права и стали во главѣ новой школы правовѣдѣнія, извѣстной подъ названіемъ французской, по мѣсту своего происхожденія, и элегантной, по изяществу пріемовъ разработки.

Французскіе юристы XVI вѣка свергли съ себя путы средневѣковыхъ глоссъ и, слѣдуя общему движенію Возрожденія, обратились непосредственно къ памятникамъ римскаго права. Первая ихъ задача заключалась

въ томъ, чтобы черпать изъ чистаго источника классической культуры. Поэтому они прежде всего занялись установленіемъ и критическимъ изданіемъ подлиннаго текста Юстиніанова Свода, искаженнаго средневѣковыми переписчиками. Измѣнилось и самое отношеніе къ тексту. На него перестали смотрѣть какъ на нѣкую отъ вѣка положенную неподвижную скрижаль закона и нашли въ немъ твореніе рукъ человѣческихъ, въ которомъ сохранились даже слѣды постепеннаго его образованія. Сообразно этой новой точкѣ зрѣнія вполнѣ естественно было заняться историческимъ изученіемъ ряда послѣдовательныхъ наслоеній законовъ, постановленій сената, рѣшеній народныхъ собраній, судебной практики, отвѣтовъ юристовъ, императорскихъ установленій, изъ которыхъ составился Сводъ Юстиніана. Попутно стали знакомиться съ государственнымъ, семейнымъ и хозяйственнымъ укладомъ римской жизни, въ условіяхъ которой вырабатывалось и на особенности которой было расчитано римское право. При свѣтѣ такого историческаго изученія углубилась и задача толкованія текста. Оно болѣе не ограничивалось разъясненіемъ формальнаго смысла правоположеній, но стремилось раскрыть ихъ внутренній жизненный смыслъ. На толкованіи научная разработка не останавливалась. Она шла далѣе и направилась на приведеніе всѣхъ отдѣльныхъ правоположеній въ опредѣленную систему, расположенную по нѣсколькимъ руководящимъ принципамъ и стройную во всѣхъ своихъ частяхъ. Критика текста, историческое его толкованіе и систематика составили новые пріемы изученія права, получившіе названіе французскаго метода (mos docendi gallicus), противополагавшагося прежнему итальянскому методу (mos docendi italicus), т. е. пріемамъ словеснаго и фрагментарнаго толкованія глоссаторовъ и комментаторовъ. Этотъ mos docendi gallicus не только способствовалъ болѣе совершенному уразумѣнію римскаго права, но и открывалъ перспективу для самостоятельнаго правового творчества, такъ какъ давалъ возможность проникновенія во внутреннюю, такъ сказать, лабораторію правового творчества римлянъ, которое могло служить достойнымъ подражанія образцомъ.

Усовершенствованіе пріемовъ научной разработки сопровождалось въ XVI вѣкѣ усложненіемъ матеріала, подлежавшаго научной юриспруденціи, и выдѣленіемъ въ составѣ послѣдней новыхъ спеціальностей.

Къ XVI вѣку окончательно рушился феодальный строй, и на развалинахъ его создались новыя государства съ единою централизованною верховною властью. Организація и управленіе этихъ государствъ опредѣлялись особыми юридическими нормами, совокупность которыхъ получила названіе государственнаго права. Послѣднее развивалось въ практикѣ судебныхъ и прочихъ государственныхъ учрежденій, а также путемъ изданія спеціальныхъ законовъ, устанавливавшихъ различныя прерогативы (преимущества) государственной власти и обязанности подданныхъ. Объединенія въ особыя болѣе крупныя политическія единицы имѣло существенно важное значеніе для обезпеченія независимости и самостоятельности народовъ, и слѣдовательно ихъ хозяйственнаго и общаго культурнаго развитія. Вслѣдствіе этого государственное право привлекло къ себѣ усиленное вниманіе ученыхъ юристовъ, и разработка его стала особой спеціальной вѣтвью научнаго правовѣдѣнія.

Къ XVI-ому же вѣку слѣдуетъ отнести начало болѣе тщательной научной разработки національныхъ системъ гражданскаго права европейскихъ народовъ. Правовой матеріалъ этихъ системъ сложился въ теченіе ряда предшествовавшихъ вѣковъ. Оставляя въ сторонѣ ранніе записи въ видѣ т. н. варварскихъ законовъ (leges barbarorum) ранняго средневѣковья, можно сказать, что процессъ образованія національныхъ системъ гражданскаго права выпалъ на долю XIII—XV столѣтій. Въ XIII вѣкѣ сдѣланы записи нѣмецкаго права въ Саксонскомъ и Швабскомъ Зерцалахъ (Sachsen- und Schwabenspiegel). Съ XIV столѣтія возникаетъ рядъ сборниковъ французскаго обычнаго права по отдѣльнымъ не только крупнымъ, но и мелкимъ частямъ территоріи, на которой образовалась затѣмъ единая французская монархія. Матеріалъ этотъ долгое время разрабатывался только практиками, дѣятелями мѣстныхъ судовъ. Они снабжали его глоссами, слѣдуя примѣру ученыхъ юристовъ, занимавшихся римскимъ правомъ. Образованіе національныхъ государствъ вызвало усиленный интересъ и къ національному гражданскому праву. Сохраненіе и развитіе его въ противовѣсъ римскому праву стали разсматривать какъ одно изъ средствъ обезпеченія національно-политической самостоятельности въ борьбѣ съ универсализмомъ Священной Римской Имперіи. Вотъ почему въ XVI вѣкѣ національное гражданское право было включено въ кругъ научнаго правовѣдѣнія въ видѣ особой его спеціальности.

Къ числу новыхъ юридическихъ дисциплинъ, сложившихся въ XVI столѣтіи, слѣдуетъ, наконецъ, присоединить исторію права, созданную благодаря особенностямъ пріемовъ научной разработки извѣстной намъ французской школы юристовъ. Выдвинутый этой школой историческій пріемъ толкованія примѣнялся ею первоначально къ римскому праву, но затѣмъ распространенъ былъ и на изученіе національнаго права, какъ гражданскаго, такъ и государственнаго. Особенности послѣдняго открыли особенно широкій просторъ для историческаго элемента въ правовѣдѣніи.

Такова въ общихъ чертахъ картина научнаго состоянія юриспруденціи въ XVI вѣкѣ. Обновленіе метода и разростаніе спеціализаціи усиливало потребность въ развитіи обобщающей все правовѣдѣніе дисциплины. Вопреки ожиданію мы не находимъ однако въ XVI столѣтіи ничего новаго, что было бы создано для энциклопедическаго объединенія правовѣдѣнія. Цѣлямъ обобщеннаго знанія служатъ тѣ же методологическія пропедевтики, начало которымъ было положено еще въ XV столѣтіи. Правда, онѣ отступаютъ отъ прежняго догматизма комментаторовъ и видоизмѣняютъ самое понятіе научно-юридическаго метода въ духѣ французской школы. Тѣмъ не менѣе, въ нихъ все еще продолжается старая схоластическая традиція со всевозможными формальными схемами, дѣленіями и подраздѣленіями. Образцомъ такой именно обновленной, но по существу не новой методологической пропедевтики можетъ служить произведеніе тулузскаго магистрата Коразія (Corasius): De iuris arte (1563). На ряду съ методической пропедевтикой дѣлается въ XVI ст. еще другая попытка обобщенія знанія въ юриспруденціи, — путемъ сопоставительнаго изложенія по основнымъ вопросамъ всѣхъ учитываемыхъ наукой системъ права: римскаго, каноническаго и національнаго. Въ такомъ именно духѣ составлено было своего рода энциклопедическое сочиненіе однимъ изъ извѣстныхъ французскихъ

юристовъ и государствовѣдовъ Григоріемъ Тулузскимъ подъ заглавіемъ: Syntagma iuris universi atque legum pene omnium gentium et rerum publicarum praecipuarum, in qua divini et humani iuris totius naturali ac nova methodo per gradus ordinesque materia universalium et singularium simulque iudicia explicantur (1-ое изд. 1582 г., 5-ое и послѣдн. 1611 г). Синтагма Григорія Тулузскаго повторяла собою предпріятіе, нѣкогда затѣянное Вильгельмомъ Дурантисомъ въ его Зерцалѣ, и оказалась столь же мало плодотворной для науки, какъ и послѣднее.

III. Семнадцатое столѣтіе открываетъ новую эпоху въ историческомъ развитіи науки права, ставитъ послѣднюю на совершенно новый путь, который рѣзко противополагается всему предшествовавшему состоянію юриспруденціи. Въ послѣдней мы различали три послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга школы, — глоссаторовъ, комментаторовъ и французскую, — и выше отмѣтили различія между ними. Не смотря на указанныя различія и несомнѣнное усовершенствованіе пріемовъ научной разработки права во французской школѣ, есть у всѣхъ трехъ школъ нѣчто общее, благодаря чему всѣ онѣ сливаются въ одно теченіе. Это общее составляетъ служеніе всѣхъ трехъ школъ единой задачѣ судебнаго и вообще практическаго примѣненія права. Эту задачу преслѣдовали одинаково какъ глоссаторы и комментаторы съ ихъ фрагментарнымъ толкованіемъ, такъ и элегантные юристы XVI вѣка съ ихъ историческими разъясненіями и систематикой правового матеріала. XVII столѣтіе приноситъ съ собою протестъ противъ такого односторонняго служенія юриспруденціи задачѣ практическаго примѣненія права. Съ этого времени наука права перестаетъ быть только служанкой суда (ancilla fori), какъ философія перестаетъ быть служанкой богословія (ancilla theologiae). Новое теченіе въ наукѣ права развилось подъ вліяніемъ новаго направленія философской мысли, извѣстнаго подъ названіемъ раціонализма, и вылилось въ особую школу естественнаго права.

Раціонализмъ (отъ ratio = разумъ) есть такое направленіе философской и научной мысли, для котораго единственнымъ орудіемъ и источникомъ познанія является человѣческій разумъ. Раціонализмъ выступилъ на смѣну средневѣковаго догматизма и содержалъ въ себѣ прежде всего принципіальное отрицаніе послѣдняго. Разъ дошли до сознанія, что единственнымъ орудіемъ познанія является человѣческій разумъ, то отсюда неизбѣжно слѣдовало, что нѣтъ и не можетъ быть никакого иного знанія кромѣ добываемаго методической познавательной работой человѣческаго разума. Этимъ въ свою очередь отвергался авторитетъ истинъ, данныхъ извнѣ, и подрывались основы средневѣковаго догматизма мысли. Догматы отодвигались въ область религіозной вѣры; въ области знанія для нихъ не оказывалось болѣе мѣста.

Характернымъ для раціонализма является то, что онъ признаетъ разумъ не только единственнымъ орудіемъ, но и источникомъ познанія. Въ основѣ этой второй предпосылки раціонализма лежитъ представленіе его о свойствахъ разума. Индивидуальный человѣческій разумъ представляетъ собою отраженіе объективнаго разума, лежащаго въ основѣ міросданія. Такое свойство должно быть присуще нашему разуму, потому что безъ та-

кого подобія между познающимъ и познаваемымъ мы не въ состояніи были бы пріобрѣтать какія бы то ни было познанія о внѣшнемъ мірѣ. Въ индивидуальномъ человѣческомъ разумѣ заложено пониманіе міровыхъ законовъ. Его необходимо лишь вскрыть и довести до яснаго и отчетливаго сознанія. Для достиженія этого необходимо идти по правильному пути разсужденія. Отправной точкой служатъ самоочевидныя истины, или аксіомы. Это такія простѣйшія сужденія, правильность которыхъ несомнѣнна для разума. Сужденія эти не требуютъ доказательствъ и даже не могутъ быть доказаны. Достаточнымъ основаніемъ для признанія ихъ истинными является то, что не можетъ быть доказано противное имъ. По содержанію своему аксіомы состоятъ изъ опредѣленій нѣкоторыхъ элементарныхъ понятій. Изъ этихъ понятій дѣлается затѣмъ послѣдовательный рядъ выводовъ (дедукцій), причемъ каждое изъ выводимыхъ положеній подлежитъ спеціальному доказательству (демонстраціи). Областью наиболѣе совершеннаго примѣненія раціональнаго, т. е. дедуктивно-демонстративнаго, метода познанія является математика, въ особенности геометрія. Послѣдняя отправляется отъ простѣйшихъ аксіомъ, въ родѣ положенія о томъ, что прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками, и путемъ послѣдовательнаго ряда дедукцій и демонстрацій выводитъ изъ нихъ цѣлую вереницу положеній, образующихъ стройную систему научныхъ истинъ безупречной точности. Раціоналистическій методъ создалъ математическое естествознаніе новаго времени. Ему обязаны своимъ появленіемъ научныя системы Коперника, Кеплера, Галилея, впослѣдствіи — Ньютона.

Раціонализмъ переродилъ и юриспруденцію. До сихъ поръ она ограничивалась толкованіемъ извнѣ данныхъ правоположеній, установленныхъ законодателемъ, незапамятными обычаями народа и судебной практикой. Правда, она неизмѣнно пыталась установить разумный смыслъ изучаемыхъ правоположеній, но тотъ разумъ закона (ratio legis), котораго доискивались, представляетъ собою не что иное, какъ практическое соображеніе наиболѣе пригодныхъ средствъ для достиженія преходящихъ и произвольныхъ цѣлей. Что цѣли эти преходящи и дѣйствительно произвольны, объ этомъ достаточно свидѣтельствуютъ разнообразіе законовъ и постоянная смѣна ихъ. Разнообразіе и смѣна дѣйствующихъ правоположеній показываютъ, что всѣ существовавшія и существующія системы права — не болѣе, какъ попытки юридическаго урегулированія человѣческаго общества, попытки несовершенныя, которыя представляютъ собою инстинктивно-безсознательное, полусознательное или даже сознательное, но не методически продуманное приспособленіе къ жизни. Всѣ эти попытки должны быть разъ на всегда замѣнены истинными законами общежитія, которые можетъ и долженъ установить разумъ помощью правильнаго разсужденія. Истинные законы для общежитія могутъ быть установлены только тѣмъ же путемъ, какимъ устанавливаются совершенныя математическія истины, т. е. путемъ дедуктивно-демонстративнаго метода. Послѣдній требуетъ для себя въ качествѣ отправной точки аксіомъ. Спрашивается, что должно служить аксіомой для системы права? Отвѣтъ на этотъ вопросъ получался на основаніи нижеслѣдующаго предварительнаго разсужденія. Аксіома — это опредѣленіе простого неразложимаго понятія. Нужно, слѣдовательно, найти простѣйшій, неразложимый элементъ въ правѣ и опредѣлить его. Право регулируетъ

сожитіе людей въ обществѣ. Оно есть понятіе сложное, какъ сложно само общество, являющееся союзомъ множества людей, приспособляющимся для совмѣстнаго осуществленія многими людьми цѣлей каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Простѣйшимъ элементомъ въ понятіи общества, а чрезъ него и въ понятіи права является отдѣльный человѣкъ, или индивидъ (дословно: недѣлимый). Необходимо поэтому выяснить сущность индивида, опредѣлить природу отдѣльнаго человѣка. Изъ такого опредѣленія, изъ основного свойства индивидуальной природы человѣка можно будетъ путемъ спокойнаго разсужденія (ratiocinatione animi tranquilli) вывести по непрерывной нити дедукціи (uno deductionis filo) всю систему истиннаго права. Право это по источнику логическаго своего происхожденія будетъ именоваться естественнымъ правомъ (ius naturale) и противополагаться произвольному праву (ius voluntarium) всякаго внѣшняго установленія. Подъ вліяніемъ раціонализма наука права сдѣлала своимъ предметомъ разработку естественнаго права. Это новое направленіе создало особую школу естественнаго права, которая господствовала въ юриспруденціи въ теченіе XVII и XVIII столѣтій. Родоначальникомъ ея былъ голландскій юристъ Гуго Гроцій (основное сочиненіе его: De iure belli ac pacis, 1625 г.), наиболѣе видными представителями — Томазій, Дома, Пуфендорфъ, Гоббсъ, Вольфъ, Руссо. Господство школы естественнаго права не устранило разработки дѣйствующаго, или положительнаго права. Оно лишь отодвинуло его, какъ право произвольное, за предѣлы науки. На толкованіе и систематику положительнаго права стали смотрѣть какъ на прикладное знаніе, технику, можно сказать, ремесло, отъ котораго отличалась подлинная наука права, занятая выработкой естественноправовой системы. Послѣдняя содержала въ себѣ разумное право, практическое значеніе котораго заключалось въ критикѣ положительнаго права и указаніи путей для преобразованія послѣдняго.

Со школой естественнаго права неразрывно связано появленіе новой отрасли юриспруденціи, — науки международнаго права. Взаимныя отношенія между самостоятельными и независимыми государствами издавна опредѣлялись правомъ, которое устанавливалось обычаемъ и договорами. Слагавшіяся такимъ образомъ нормы международнаго права носили болѣе или менѣе случайный и отрывочный характеръ. Въ сознаніи общества не выработалось достаточно убѣдительнаго воззрѣнія на обязательность этого права. Право, дѣйствующее внутри государства, почиталось обязательнымъ въ силу авторитета государственной власти, которая его создавала или признавала. Надъ государствами нѣтъ высшей власти, которая могла бы своимъ повелѣніемъ установить правоположенія, регулирующія ихъ взаимныя отношенія. Международное право не находило себѣ такимъ образомъ обоснованія въ сознаніи общества и даже юристовъ. Ужасы тридцатилѣтней войны выдвинули вопросъ объ обоснованіи международнаго права въ качествѣ настоятельнаго и насущнаго. Раціонализмъ, водворявшійся къ тому времени въ области юридическаго мышленія, далъ возможность обосновать обязательность международнаго права на авторитетѣ разума и устанавливаемаго послѣднимъ естественнаго права. Родоначальникъ школы естественнаго права Гуго Гроцій былъ въ тоже время отцомъ науки международнаго права. Въ естественномъ правѣ нашло международное

право и обоснованіе своей обязательности, и руководящіе принципы, которые легли въ основу систематической его разработки.

Къ XVII столѣтію, этой эпохѣ коренного обновленія науки права, относится и первое появленіе энциклопедіи права подъ собственнымъ ея именемъ. Въ 1638 году издана была Гуніусомъ (Hunius) Encyclopaedia iuris universi. Энциклопедія Гуніуса преслѣдовала пропедевтическія цѣли и старалась ввести начинающаго въ изученіе правовѣдѣнія главнымъ образомъ помощью краткаго догматическаго изложенія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, при этомъ отводилось нѣкоторое мѣсто и историческому очерку измѣненій права. Вліяніе школы естественнаго права сказалось на Энциклопедіи Гуніуса еще въ незначительной степени. Расцвѣтъ этого вліянія на энциклопедическую литературу относится ко второй половинѣ XVII-го вѣка и къ XVIII столѣтію. Проявился онъ въ изданіи длиннаго ряда пропедевтическихъ сочиненій, которыя въ качествѣ введенія въ изученіе права давали краткіе очерки естественноправовой доктрины. Очерки эти должны были служить ключемъ къ уразумѣнію цѣлой системы естественнаго права, и въ то же время давать руководящую нить для критической оцѣнки права положительнаго. Среди нихъ заслуживаетъ быть особенно отмѣченнымъ пропедевтическое руководство Христіана Томазія (Chr. Thomasius) подъ заглавіемъ: Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einem Studiosus iuris zu wissen und auf den Universitäten zu lernen nöthig (Halle, 1699). Съ теченіемъ времени стали проявляться въ школѣ естественнаго права признаки вырожденія. Живая струя прогрессивнаго правового творчества начала изсякать. Критическіе и созидательные элементы отступали на второй планъ и стушевывались. Раціонализмъ пересталъ служить мощнымъ орудіемъ познанія истиннаго права и превратился въ средство для построенія внѣшнихъ схемъ, по рубрикамъ которыхъ распредѣлялся разнородный правовой матеріалъ, въ которомъ смѣшивалось положительное право съ обрывками естественноправовыхъ положеній. Вводящая въ изученіе права энциклопедическая литература занялась всецѣло построеніемъ формальныхъ раціоналистическихъ схемъ, которыя давали начинающему какъ бы планъ его дальнѣйшаго изученія по разнымъ отдѣламъ и подотдѣламъ права. Потеря критическаго смысла, составляющаго наиболѣе сильную сторону раціонализма, приводила къ тому, что на разнаго рода формальныя схемы смотрѣли не только какъ на пріемъ систематизаціи, но и какъ на методъ познанія. Между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ это былъ уже только methodus disserendi, который распредѣлялъ готовый догматическій матеріалъ ordine geometrico, т. е. въ порядкѣ формальной дедукціи. Mutatis mutandis получилось своеобразное возрожденіе старой, извѣстной уже намъ, методической пропедевтики XV—XVI вѣковъ. И новые псевдораціоналистическіе методисты и систематики были столь же безцвѣтны и безплодны, какъ и ихъ предшественники, откровенные приверженцы догматическаго мышленія. Методическія и систематизирующія энциклопедіи XVIII в. носили различныя сенсаціонныя названія, въ родѣ: Ryxis nautica navigaturientis per immensum iuris pelagum, Laterna magica, Chartae lusoriae iurisprudentiae, или даже, — Wie man cavalièrement studieren soll. Подъ бьющими на эффектъ названіями преподносилось самое убогое содержаніе. Рамки замысловатыхъ, но въ сущности безполезныхъ схемъ наполнялись

отрывочными свѣдѣніями изъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, а въ особыя рубрики вспомогательныхъ для юриспруденціи знаній (adminjcula iuris, Hülfskenntnisse der Rechtswissenschaft) вносились безъ разбора обрывки случайной эрудиціи авторовъ. Это систематизирующее и методизирующее направленіе энциклопедіи права доведено было до крайности и почти до абсурда Неттельбляттомъ, который во второй половинѣ XVIII вѣка одинъ составилъ около дюжины всевозможныхъ систематическихъ и методологическихъ руководствъ и учебниковъ. Вопросы внѣшней системы были для него вполнѣ самодовлѣющими независимо отъ смысла схематическихъ рубрикъ. Такъ, ради системы Неттельбляттъ въ одномъ изъ своихъ произведеній посвящаетъ особый отдѣлъ допотопному праву (ius antedeluvianum).

Школа естественнаго права поставила разработку права положительнаго внѣ научнаго правовѣдѣнія. Сообразно этому и энциклопедіи, написанныя въ духѣ чистаго раціонализма, не давали общаго ученія, которое охватывало бы положительную юриспруденцію. Этотъ пробѣлъ могли бы восполнить только что охарактеризованныя нами методологическія и систематическія руководства, учитывавшія на ряду съ естественнымъ и положительное право. Но руководства эти, какъ указано было, лишены были критическаго духа и знаменовали собою вырожденіе школы естественнаго права въ своеобразный раціоналистическій догматизмъ. Къ тому же они не давали ничего кромѣ голыхъ схемъ, которыя, само собою разумѣется, не могли служить общимъ ученіемъ для положительнаго юриста.

Положительной юриспруденціи приходилось самой создавать для себя энциклопедію права. Источникомъ для построенія обобщеннаго знанія могъ служить въ данномъ случаѣ историческій элементъ правовѣдѣнія, введенный въ послѣднее, какъ намъ уже извѣстно, французскими юристами XVI вѣка. Сначала онъ явился лишь въ качествѣ болѣе совершеннаго пріема толкованія, но съ теченіемъ времени выросъ въ особую дисциплину, — исторію права. Хотя послѣдняя и продолжала сохранять служебную функцію по отношенію къ догматическимъ построеніямъ, тѣмъ не менѣе значеніе ея поневолѣ вполнѣ выходило за эти предѣлы. Занятіе исторіей, хотя бы въ видѣ добавочной профессіи, своего рода отхожаго промысла, неизбѣжно отразилось на общемъ складѣ мышленія юристовъ. Оно излѣчивало ихъ отъ того презрительнаго отношенія къ фактамъ, которое царило въ школѣ естественнаго права, и заставляло мыслить эмпирически (опытно) и индуктивно (путемъ наведенія). Если раціонализмъ отправлялся отъ апріорной (доопытной и даже внѣопытной) предпосылки и изъ нея дедуцировалъ цѣлую систему права, то эмпирическое и индуктивное мышленіе, напротивъ того, отправлялось отъ наблюденія фактовъ и путемъ наведенія отвлекало отъ нихъ общія положенія, въ которыхъ выяснялся смыслъ фактическаго матеріала. Такимъ путемъ положительная юриспруденція при помощи исторіи устанавливала свои основныя понятія, которыя и дѣлала предметомъ энциклопедіи права. Пониманіе исторіи было въ то время у юристовъ элементарное, — лѣтописное, въ лучшемъ случаѣ прагматическое. Сообразно этому и эмпирическія обобщенія въ энциклопедіи не шли далѣе перечисленія основного содержанія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Не смотря на это, въ нихъ проявлялись зачатки поворота научной мысли на новые пути.

Лучшимъ образцомъ эмпирической или положительной энциклопедіи права во второй половинѣ XVIII вѣка было произведеніе Іоанна Стефана Пюттера (Johann Stephan Püttér), названное въ первомъ изданіи Эскизомъ, во второмъ — Опытомъ юридической энциклопедіи (Entwurf einer juristischen Encyclopädie, Göttingen, 1757; Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie, Göttingen, 1767). Въ немъ даны обозрѣніе и краткіе очерки отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ съ указаніемъ пособій къ ихъ изученію; затѣмъ слѣдуютъ исторія источниковъ и обзоръ юридической литературы; завершается все произведеніе особымъ отдѣломъ, посвященнымъ методологіи научнаго правовѣдѣнія. Со времени появленія произведенія І. Ст. Пюттера окончательно укрѣпилось за нашей наукой введенное, какъ мы знаемъ, еще Гуніусомъ названіе энциклопедіи права.

Эмпирическое направленіе, которое проводилось І. Ст. Пюттеромъ и его сподвижниками, было реакціей противъ вырожденія школы естественнаго права, выразившагося въ появленіи своеобразнаго раціоналистическаго догматизма. Безплодіе послѣдняго обезпечивало успѣхъ эмпирическаго направленія и вело къ полному устраненію раціонализма изъ области научнаго правовѣдѣнія. Въ это критическое для школы естественнаго права время произошло ея обновленіе. Философская критика Канта не только безповоротно осудила раціоналистическій догматизмъ, но и вскрыла первоначальный источникъ его происхожденія. Корень зла заключался въ томъ, что школа естественнаго права принимала за отправную точку для своихъ построеній не подлинныя аксіомы, а эмпирическія сужденія о природѣ человѣка, односторонніе и критически не провѣренныя. Кантъ не только указалъ ошибку, но и исправилъ ее: изгналъ изъ раціоналистическаго ученія о правѣ всѣ эмпирическія сужденія о природѣ человѣка и поставилъ на ихъ мѣсто метафизическое (сверхопытное) представленіе о законѣ долженствованія (т. е. о нравственномъ законѣ) и способности человѣка опредѣлять свои дѣйствія примѣнительно къ его требованіямъ. Отправляясь отъ этихъ понятій, Кантъ дедуцировалъ систему права. Раціонализмъ былъ возвращенъ такимъ образомъ къ своей методологической чистотѣ, и школа естественнаго права спасалась отъ вырожденія. Въ этомъ обновленномъ духѣ школы составлялись и юридическія энциклопедіи. Среди нихъ можемъ отмѣтить энциклопедію Густава Гуго (Gustav Hugo, Lehrbuch der juristischen Encyclopaedie, Berlin, 1792; 8-ое и послѣдн. изд. 1835 г.), который, несмотря на стремленіе къ историческому изученію права, все же строилъ юридическую энциклопедію на чисто раціоналистическихъ началахъ.

IV. Къ концу XVIII столѣтія существовали такимъ образомъ въ энциклопедической литературѣ права два направленія: 1) философское, раціоналистическое, и 2) историческое, эмпирическое. Первое исходило изъ апріорныхъ идей и дедуцировало изъ нихъ основы системы естественнаго или разумнаго права (Naturrecht или Vernunftrecht); второе отправлялось отъ положительнаго права и историческаго его разъясненія и пыталось извлечь изъ этого матеріала индуктивнымъ путемъ нѣкоторые руководящіе юридическіе принципы. Оба направленія шли параллельно, каждое своимъ

путемъ, не встрѣчаясь другъ съ другомъ и не имѣя точекъ соприкосновенія. Такое разобщеніе раціональныхъ и эмпирическихъ элементовъ науки отражалось на ея состояніи отрицательно и вредно. Съ одной стороны, апріорныя построенія совершенно игнорировали факты и потому были оторваны отъ дѣйствительности и оставляли ее безъ объясненія. Съ другой стороны, положительное правовѣдѣніе при элементарной исторической концепціи шло по пути индуктивныхъ обобщеній ощупью и ограничивалось простымъ перечисленіемъ фактическаго матеріала, не будучи въ состояніи надлежаще осмыслить его безъ помощи раціональнаго элемента. Таково было общее затруднительное состояніе правовѣдѣнія. Энциклопедія права испытывала сверхъ того еще и спеціальныя затрудненія, проистекавшія изъ неопредѣленности ея задачи. Раціоналисты излагали въ ней краткіе начатки естественнаго права, представители положительнаго правовѣдѣнія давали конспективное обозрѣніе спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ.

Подъ вліяніемъ новыхъ теченій философской мысли, которыми ознаменовалась первая треть XIX столѣтія, устраняются причины раздвоенія въ пониманіи задачъ энциклопедіи и водворяется нѣкоторое единство въ этомъ отношеніии.

Въ 1802 году философъ Шеллингъ прочелъ рядъ лекцій «О методѣ академическаго изученія» (Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums, 3. Aufl., Stuttgart u. Tübingen, 1830), которыя вызвали переворотъ въ постановкѣ энциклопедической научной литературы.

Міровой порядокъ, училъ Шеллингъ, представляетъ собою органическое цѣлое, т. е. такое цѣлое всѣ части котораго связаны и взаимно обусловлены, такъ что измѣненіе въ любой части вызываетъ соотвѣтственное измѣненіе въ цѣломъ. Органическій характеръ міровового порядка покоится на единствѣ лежащаго въ его основѣ объективнаго разума. Органическому единству мірозданія должно соотвѣтствовать такое же единство міропониманія. Знанія наши въ отдѣльныхъ областяхъ не должны и не могутъ быть случайными, разрозненными и независимыми другъ отъ друга. Всѣ они вмѣстѣ составляютъ единый организмъ науки, соотвѣтствующій разумному единству познаваемаго объекта и единству разума познающаго субъекта. Знанія могутъ быть добываемы только по частямъ, но для того, чтобы они стали прочнымъ пріобрѣтеніемъ нашего интеллекта, необходимо устанавливать между ними связь и раскрывать путемъ этой связи единый организмъ науки. Раскрытіе организма единой науки въ живомъ единствѣ человѣческаго знанія составляетъ задачу энциклопедіи, какъ своего рода науки наукъ. Она завершаетъ цѣлокупное человѣческое знаніе. Изъ нея же черпаютъ плодотворныя указанія представители отдѣльныхъ спеціальностей. Кто предается какой-либо спеціальной наукѣ, долженъ, училъ Шеллингъ, напередъ знать мѣсто, занимаемое ею въ цѣломъ, знать особенный духъ ея, знать то, какимъ образомъ она должна развиваться, чтобы проникнуть въ гармоническое зданіе цѣлаго, знать, слѣдовательно, и то, какимъ образомъ самъ онъ долженъ смотрѣть на науку, чтобы мыслить о ней не какъ рабъ, прикованный къ частностямъ, а какъ свободный въ духѣ цѣлаго. Всѣ эти необходимыя предварительныя знанія и указанія получаются спеціалистомъ изъ энциклопедіи.

Въ духѣ ученія Шеллинга измѣнила свои задачи и энциклопедія права. Она не могла болѣе довольствоваться ни сопоставительнымъ обозрѣніемъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, ни изложеніемъ начатковъ естественнаго права. Поставлена была на очередь болѣе сложная задача. Юридическая энциклопедія призывалась къ установленію органическаго единства правовѣдѣнія, такого единства, которое обнимало бы и связывало, съ одной стороны, всѣ отдѣльныя юридическія дисциплины, съ другой, — области естественнаго и положительнаго права. Осуществленіе послѣдней задачи оказалось возможнымъ при посредствѣ идеалистической философіи Шеллинга и особенно Гегеля.

Подъ идеализмомъ разумѣется такое направленіе философской мысли, которое исходитъ изъ признанія метафизическаго (лежащаго за предѣлами доступныхъ наблюденію естественныхъ явленій) объективнаго бытія идей и видитъ въ міровомъ процессѣ осуществленіе этихъ идей. Идеализмъ сочетаетъ въ себѣ раціонализмъ съ извѣстной долей эмпиризма. Раціоналистическій элементъ идеалистической философіи заключается въ апріорномъ установленіи идей, за которыми признается объективное бытіе; эмпирическій элементъ идеалистической философіи заключается въ раскрытіи въ доступныхъ наблюденію явленіяхъ проявленія метафизическихъ идей.

Опредѣливъ основной смыслъ идеалистической философіи, мы легко поймемъ, какое значеніе она имѣла для правовѣдѣнія. Раціонализмъ принципіально разобщалъ естественное право и положительное: разрабатывалъ первое и игнорировалъ второе, такъ какъ не находилъ раціональнаго смысла въ многообразіи и измѣнчивости послѣдняго. Идеалистическая философія сводила обѣ отрасли къ нѣкоторому высшему единству: на естественное право смотрѣла какъ на прообразъ права положительнаго и въ разнообразіи и измѣнчивости послѣдняго видѣла постепенныя попытки къ осуществленію раціональной идеи права, извѣстные этапы на пути достиженія идеала. Естественноправовая идея представлялась цѣлью для положительнаго права. Моментъ цѣли и мысль объ ея достиженіи вносили въ идеалистическое міропониманіе элементъ движенія (динамическій). Благодаря этому, идеалистическая философія не только учитывала положительное правовѣдѣніе, но и особенно выдвигала въ немъ историческій элементъ.

Во второмъ десятилѣтіи XIX вѣка произошелъ переворотъ въ историческомъ пониманіи права. Отъ прагматическаго объясненія измѣненій въ положительномъ правѣ замыслами и волей законодателя перешли къ признанію объективной планомѣрности въ процессѣ измѣненія положительнаго права, пришли къ идеѣ непроизвольнаго его развитія, или его эволюціи (хотя послѣдній терминъ и не былъ еще произнесенъ). Новое пониманіе исторіи права породило въ правовѣдѣніи и новую, т. н. историческую школу юристовъ, во главѣ который встали Савиньи и Пухта. Историческая школа выступила съ рѣшительнымъ отрицаніемъ школы естественнаго права и стремилась къ безраздѣльному господству въ правовѣдѣніи. Идеалистическая философія примиряла обѣ школы путемъ указаннаго выше сочетанія раціональныхъ элементовъ права съ положительными.

Новое пониманіе задачъ энциклопедическаго знанія и синтетизирующее (слагающее противоположности въ единство) дѣйствіе идеалистической

философіи сказались въ правовѣдѣніи въ эпоху сороковыхъ и пятидесятыхъ годовъ XIX вѣка. Можно сказать, что эти годы были временемъ наиболѣе пышнаго расцвѣта энциклопедіи права. Лучшія произведенія нѣмецкой литературы по юридической энциклопедіи принадлежатъ именно этому времени. Мы укажемъ важнѣйшія изъ нихъ, каковы: Karl Theodor Pütter, Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder Juristische Encyclopädie und Methodologie, Berlin, 1846; Friedländer, Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1847; L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland, zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium, Erlangen, 1853; Ahrens, Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie, Wien, 1855 (въ 1863 г. переведена на русскій языкъ); Ferdinand Walter, Juristische Encyclopädie, Bonn, 1856.

Всѣ названныя произведенія въ общемъ сходятся въ пониманіи задачъ энциклопедіи права и опредѣленіи круга вопросовъ, подлежащихъ ея вѣдѣнію.

Задача юридической энциклопедіи понимается ими въ духѣ органическаго воззрѣнія на науку, выставленнаго Шеллингомъ. Энциклопедія должна раскрыть «всеобщее внутреннее понятіе права» (Карлъ Пюттеръ), представить «переведенный въ понятіе организмъ» науки (Фридлендеръ), дать органически расчлененное изображеніе науки права и ея частей (Варнкенигъ), установить верховныя начала права и, исходя изъ нихъ, выяснить какъ связь различныхъ отраслей правовѣдѣнія, такъ и существенныя основныя начала всѣхъ главныхъ матерій, или предметовъ науки понятій и уразумѣть ихъ какъ систему, или организмъ (Вальтеръ).

Постановленная задача осуществляется въ духѣ идеалистической философіи путемъ сочетанія раціональнаго элемента съ эмпирическимъ. A priori дается метафизическая идея права и затѣмъ демонстрируется осуществленіе ея въ правѣ положительномъ. Какъ мы уже знаемъ, эмпирическое осуществленіе идеи понималось идеалистами не въ состояніи покоя (статически), но въ состояніи движенія (динамически), въ смыслѣ постепеннаго къ ней приближенія и послѣдовательнаго стремленія къ ней, какъ къ конечной цѣли. Вслѣдствіе этого эмпирическое оправданіе идеи права облекалось въ форму историческаго построенія. Дѣйствительно, мы видимъ, что въ органическихъ энциклопедіяхъ неизмѣнно соблюдается одна и та же послѣдовательность въ расположеніи матеріала. Сначала дается апріорное опредѣленіе понятія права, т. е. устанавливается его метафизическая идея, а затѣмъ приводится очеркъ исторіи права, въ которомъ показывается, какъ идея права постепенно раскрывается въ положительномъ правѣ по пути къ полному ея осуществленію, какъ къ конечной цѣли. Такъ какъ метафизическая идея права имѣетъ абсолютное, т. е. безусловное и всеобщее, значеніе, то носителемъ ея является все человѣчество. Отсюда слѣдуетъ, что эмпирическое проявленіе содержанія этой идеи раскрывается исчерпывающимъ образомъ только во всемірной исторіи права. Ею, значитъ, и должны заниматься органическія энциклопедіи права. Дѣйствительно, мы находимъ очерки всемірной исторіи права въ юридическихъ

энциклопедіяхъ К. Т. Пюттера и Варнкенига. Другіе авторы принципіально признаютъ необходимость очерковъ всемірной исторіи права, но по соображеніямъ удобства преподаванія ограничиваются историческимъ обзоромъ права важнѣйшихъ народовъ (Аренсъ), или даже одного лишь отечественнаго (resp. нѣмецкаго) права (Фридлендеръ и Вальтеръ), разсматриваемаго все же съ точки зрѣнія его міровой роли (такъ сказать, sub specie iuris universi).

Выяснивъ сущность права путемъ раціональнаго и историческаго его освѣщенія, органическія энциклопедіи переходятъ затѣмъ къ органическому расчлененію права на части и правовѣдѣнія на спеціальности. При этомъ почти во всѣхъ органическихъ энциклопедіяхъ, кромѣ энциклопедіи К. Т. Пюттера, дается и обозрѣніе содержанія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Этимъ продолжается традиція старой энциклопедической литературы эмпирическаго направленія.

Органическія энциклопедіи права были позднимъ по времени отраженіемъ идеалистической философіи въ сферѣ правовѣдѣнія. Расцвѣтъ ихъ относится, какъ указано, къ сороковымъ и пятидесятымъ годамъ XIX-го вѣка, т. е. какъ разъ къ тому времени, когда идеализмъ въ философіи доживалъ свои послѣдніе дни, и философская мысль находилась въ преддверіи реалистическаго міропониманія и новаго направленія, — позитивнаго.

V. Новое позитивное направленіе было порождено крушеніемъ идеализма. Крушеніе же это было вызвано ростомъ естественныхъ, преимущественно біологическихъ, наукъ и тѣмъ кореннымъ измѣненіемъ въ практической постановкѣ государственно-правовыхъ задачъ, которое пришлось испытать западной Европѣ къ исходу сороковыхъ годовъ XIX столѣтія.

Идеалистическая философія отправлялась отъ апріорныхъ идей. Это она унаслѣдовала отъ раціонализма, но въ дальнѣйшемъ построеніи знанія отошла отъ прямого пути предшествовавшаго ей направленія. Раціонализмъ шелъ по строгому пути дедукціи изъ первоначальныхъ апріорныхъ аксіомъ. Поскольку дедуктивно-демонстративный методъ познанія примѣнялся въ той области знанія, которая его породила, именно, — въ математикѣ, правильность и плодотворность его стояла внѣ всякихъ сомнѣній. Но примѣненіе его къ познанію біологическихъ и соціальныхъ (общественныхъ) явленій обнаруживало несостоятельность его въ этихъ областяхъ. Несостоятельность эта вызывалась отсутствіемъ въ этихъ областяхъ у нашего разума истинъ самоочевидныхъ, или аксіомъ, изъ которыхъ можно было бы дедуцировать. Вмѣсто подлинныхъ аксіомъ пришлось принимать за отправную точку зрѣнія критически не провѣренныя положенія, которыя получались въ результатѣ случайнаго наблюденія или черпались изъ подсознательнаго знанія и даже изъ религіознаго откровенія. Отсутствіе должной критики въ началѣ разсужденія приводило неизбѣжно къ произвольности конечнаго вывода. Идеалистическая философія пришла на помощь этому недостатку раціонализма. Отказавшись отъ исходныхъ аксіомъ, она устанавливала метафизическія идеи, какъ конечную цѣль мірового процесса, и сводила познавательную дѣятельность къ наблюденію явленій въ видахъ раскрытія въ нихъ постепеннаго осуществленія метафизическихъ

идей. Въ теченіе извѣстнаго времени идеалистическая философія содѣйствовала упорядоченію, обобщенію и въ извѣстномъ смыслѣ объясненію тѣхъ конкретныхъ знаній, которыя пріобрѣтались путемъ наблюденія. Но подъ вліяніемъ количественнаго накопленія конкретныхъ знаній и наростанія логическаго опыта наблюденія стала обнаруживаться логическая произвольность идеалистической философіи и непригодность ея для критическаго познанія. Ударъ идеалистической философіи былъ нанесенъ со стороны того самаго наблюденія, которое она допустила въ составъ своихъ методологическихъ пріемовъ.

Наблюденіе играло въ идеалистической философіи подчиненную роль. Функція его сводилась къ раскрытію въ явленіяхъ отраженія тѣхъ идей, которыя заранѣе устанавливались a priori. Примѣненіе наблюденія, допущеннаго для оправданія апріорныхъ положеній, привело однако къ послѣдствіямъ, выходившимъ за предѣлы поставленной ему задачи. Устанавливаемые факты не укладывались въ рамки апріорныхъ идей. Естественно возникалъ вопросъ о томъ, чему слѣдуетъ отдать логическое предпочтеніе, показаніямъ ли фактовъ или утвержденіямъ апріорныхъ идей. Воспитанное наблюденіемъ реалистическое мышленіе неминуемо должно было отдать предпочтеніе факту предъ апріорной идеей. Во всякомъ случаѣ возникало критическое отношеніе къ метафизической идеѣ, не покрывающей фактовъ и нерѣдко имъ противорѣчащей. Стали искать достаточнаго основанія, въ силу котораго за метафизической идеей признавалось объективное бытіе. Оказалось, что никакихъ доказательствъ здѣсь не имѣется; все основывается не на знаніи, а на вѣрѣ. Отсюда слѣдовалъ тотъ несомнѣнный выводъ, что метафизическія идеи подлежатъ исключенію изъ области знанія, и что для объясненія фактовъ надлежитъ искать иныхъ путей. Естественныя науки постепенно отказывались отъ выясненія метафизической сущности явленій и порывали связь съ телеологическимъ міровоззрѣніемъ, т. е. съ объясненіемъ мірового процесса съ точки зрѣнія конечной его цѣли.

Кризисъ идеалистической философіи въ правовѣдѣніи вызывался еще особыми причинами, вытекавшими изъ реальныхъ условій государственно-правовой жизни эпохи. Къ концу сороковыхъ годовъ XIX столѣтія назрѣлъ въ западной Европѣ т. н. соціальный вопросъ о матеріальномъ обезпеченіи неимущихъ, рабочихъ классовъ. Вопросъ этотъ оказался для господствовавшей тогда идеалистической теоріи права полной неожиданностью; она его не предусмотрѣла и, встрѣтившись съ нимъ лицомъ къ лицу, оказалась не въ состояніи объяснить его. Идеалистическая теорія права признавала конечной цѣлью правового развитія осуществленіе естественноправовой идеи равенства всѣхъ индивидовъ передъ закономъ и обезпеченіе свободы личности. Указанное воззрѣніе объясняло многое въ истекшемъ процессѣ правового развитія и въ частности вполнѣ соотвѣтствовало начавшемуся съ великой французской революціи движенію къ отмѣнѣ разнаго рода сословныхъ привилегій и къ предоставленію отдѣльной личности права на самостоятельное развитіе въ экономическомъ и духовномъ отношеніи. Но не успѣло еще это движеніе дойти до своего логическаго конца, какъ обнаружилась его недостаточность. Юридическое равенство оказалось далеко не тождественнымъ съ фактическимъ: оно не

устранило экономическаго и иного различія между индивидами и ихъ группами. Равенство и свобода юридическія открывали только возможность дѣйствительныхъ равенства и свободы; осуществленіе этой возможности зависѣло отъ другихъ причинъ. Это обнаружилось въ фактахъ общественной жизни. Изъ фактовъ этихъ слѣдовалъ тотъ несомнѣнный выводъ, что метафизическая идея права не можетъ быть признана конечной цѣлью правового развитія, и что объясненія этого развитія слѣдуетъ искать за предѣлами идеалистической философіи.

Новые пути для научнаго мышленія указаны были позитивной, или положительной философіей, творцомъ которой явился въ первой половинѣ XIX столѣтія Огюстъ Контъ (Auguste Comte, Cours de philosophie positive, первое изданіе 1830—1842 гг.).

Для уясненія сущности новаго философскаго направленія остановимся прежде всего на самомъ его названіи.

Слово «позитивный», или «положительный» выражаетъ прежде всего извѣстное утвержденіе, напр., — положительный отвѣтъ, и свидѣтельствуетъ о наличности чего-либо, напр. положительное содержаніе; въ этомъ смыслѣ оно представляетъ прямое противоположеніе слову и понятію «отрицательный», подъ которымъ мы разумѣемъ отсутствіе наличности. Слово «положительный» имѣетъ далѣе еще и другое значеніе. Оно обозначаетъ нѣчто осязаемое, конкретное, реальное, прочное, производительное и въ этомъ смыслѣ противополагается всему неосязаемому, отвлеченному, нереальному, необоснованному, непроизводительному. Въ соотвѣтствіи съ приведеннымъ значеніемъ слова «позитивный, положительный», позитивизмъ въ философіи и въ наукѣ указываетъ прежде всего на такое направленіе мысли, которое не довольствуется самымъ процессомъ мышленія, не отдается теченію мысли безцѣльно, но настойчиво и неуклонно стремится къ достиженію опредѣленныхъ результатовъ и удовлетворяется только такими результатами, которые прочно обоснованы и потому могутъ быть признаны вполнѣ достовѣрными. Само собою разумѣется, что приведенная предварительная характеристика позитивизма далеко не исчерпываетъ сущности дѣла.

Конечно, позитивизмъ не внесъ бы рѣшительно ничего новаго въ область философской и научной мысли, если бы онъ ограничивался только громкимъ заявленіемъ о своей цѣли и своихъ задачахъ. И до него ни одно философское направленіе, вполнѣ естественно и понятно, не могло ставить своей задачей одно безцѣльное теченіе мысли или добываніе результатовъ отрицательныхъ, необоснованныхъ, призрачныхъ, эфемерныхъ, непроизводительныхъ. Предположеніе противнаго было бы совершенной нелѣпостью, и родоначальникъ, и послѣдователи современнаго позитивизма являли бы собой примѣръ крайняго и достойнаго сожалѣнія самомнѣнія, если бы признали стремленіе къ положительной цѣли исключительнымъ достояніемъ своей школы. Значеніе позитивизма заключается въ томъ, что онъ точно опредѣлилъ объектъ познанія, указалъ, какая положительная цѣль доступна человѣку въ области мысли, и установилъ тѣ пріемы, помощью которыхъ эта цѣль можетъ быть достигнута.

Опредѣленіе объекта и цѣли познанія дано было на основаніи того отрицательнаго опыта, который доставила идеалистическая философія. По-

слѣдняя стремилась къ познанію конечной цѣли бытія и разрѣшала задачу познанія путемъ апріорнаго установленія метафизическихъ идей, которымъ затѣмъ приписывала значеніе объективной цѣли и движущаго начала мірового процесса. Объективность метафизическихъ идей должна была найти себѣ подтвержденіе въ наблюденіи фактовъ, въ которыхъ онѣ должны были проявляться и постепенно раскрывать свое содержаніе по пути къ полному осуществленію. Но факты не давали соотвѣтственнаго подтвержденія, и наблюденіе наводило на мысль объ особой связи между ними, независимой отъ предполагавшейся конечной цѣли. Оказывалось такимъ образомъ, что метафизическія идеи не содѣйствуютъ познанію мірового процесса, но служатъ препятствіемъ на пути къ выясненію смысла происходящихъ явленій. Учтя это положеніе дѣла, позитивизмъ сдѣлалъ изъ него соотвѣтственный выводъ. Такъ какъ объективность метафизическихъ идей не подтверждается фактами, значитъ, она не можетъ быть доказана и, слѣдовательно, должна быть отвергнута въ предѣлахъ точнаго знанія. Разъ метафизическія идеи не имѣютъ объективнаго бытія, то, значитъ, онѣ являются ничѣмъ инымъ, какъ нашимъ субъективнымъ созданіемъ и, слѣдовательно, представляютъ собою попытку разума объяснить явленія до ихъ наблюденія. Такъ какъ метафизическія идеи не имѣютъ объективнаго бытія, то онѣ и не могутъ быть предметомъ познанія. Предметомъ познанія можетъ быть только то, что объективно и реально существуетъ. Объективно и реально существуютъ не идеи, но отдѣльныя явленія. Явленія и признаются въ позитивной философіи единственнымъ объектомъ познанія, отправляющагося отъ ихъ наблюденія. Наблюдая явленія, разумъ подмѣчаетъ, что явленія эти, съ одной стороны, сосуществуютъ, находясь во взаимной зависимости, съ другой стороны, слѣдуютъ одно за другимъ, взаимно обусловливая другъ друга. Между явленіями наблюдаются такимъ образомъ извѣстныя отношенія. Отношенія эти представляютъ однообразіе, повторяющееся съ объективной необходимостью. Необходимое однообразіе въ отношеніяхъ между явленіями мы называемъ законами этихъ явленій. Сообразно двоякаго рода отношеніямъ между явленіями: отношеніямъ сосуществованія и послѣдовательности, различаются двоякаго рода законы явленій, — законы сосуществованія, или статическіе, и законы послѣдовательности, или законы динамическіе. Раскрытіе законовъ явленій составляетъ единственную положительную цѣль человѣческаго знанія. Знаніе законовъ даетъ намъ возможность предвидѣть явленія и, слѣдовательно, приспособлять ихъ для нашихъ практическихъ цѣлей.

Для достиженія положительной цѣли познанія необходима правильная постановка метода. Свой методъ позитивная философія слагаетъ изъ двухъ и до нея извѣстныхъ пріемовъ: наблюденія и разсужденія. То новое, что дается позитивизмомъ въ методологіи, заключается въ удачномъ соединеніи двухъ основныхъ пріемовъ изслѣдованія (l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation). Разсужденіе, или дедукція признается специфическимъ методомъ для математики, которая изучаетъ количественныя отношенія между явленіями, и въ которой, благодаря простотѣ объекта, нашъ разумъ обладаетъ необходимыми для дедукціи аксіомами. Съ осложненіемъ объекта дедукція оказывается недостаточной, и изученіе должно отправляться отъ наблюденія и идти индуктивнымъ путемъ. Разсужденіе вы-

ступаетъ въ нихъ въ качествѣ вторичнаго методологическаго пріема, служащаго для провѣрки индуктивныхъ обобщеній съ точки зрѣнія ихъ необходимости и безусловности.

Наиболѣе сложный объектъ изученія представляютъ собою явленія человѣческаго общежитія, или общественныя. Непосредственный основой ихъ служатъ явленія біологическія, отличительнымъ признакомъ которыхъ является приспособленіе индивидуальнаго организма къ внѣшней средѣ, — процессъ самъ по себѣ сложный и опирающійся на рядъ предшествующихъ въ порядкѣ познанія физическихъ и химическихъ законовъ. Слѣдуя въ томъ же порядкѣ за явленіями біологическими, явленія общественныя осложняются еще двумя элементами: взаимодѣйствіемъ внутренней, такъ сказать, среды общежитія, т. е. приспособленіемъ индивидовъ къ совмѣстной жизни, сосуществованію, и вліяніемъ предшествующихъ поколѣній на послѣдующія. Это вліяніе составляетъ специфическій признакъ общественныхъ явленій. Культурная преемственность, накопленіе и передача культурныхъ благъ и въ зависимости отъ этого процессъ неизбѣжнаго измѣненія формъ сосуществованія индивидовъ отличаетъ человѣческое общежитіе отъ сосуществованія животныхъ организмовъ. Въ виду такого специфическаго признака общественныхъ явленій примѣняемое къ нимъ наблюденіе становится историческимъ, т. е. мы наблюдаемъ общественныя явленія въ ихъ послѣдовательности, въ движеніи, динамически и путемъ динамическаго наблюденія выясняемъ взаимную связь ихъ въ порядкѣ сосуществованія, ихъ устойчивое равновѣсіе, или общественную статику. Движеніе общественныхъ явленій представляетъ собою непроизвольное развитіе, или эволюцію. Путемъ историческаго изученія различныхъ союзовъ человѣческаго общежитія мы подмѣчаемъ извѣстное однообразіе въ послѣдовательномъ развитіи, или въ причинной связи общественныхъ явленій и устанавливаемъ законы общественной, или соціальной эволюціи. Извлеченные этимъ путемъ законы имѣютъ силу по отношенію къ тому ряду явленій, которыя подверглись нашему наблюденію. Одно лишь наблюденіе не даетъ еще намъ достаточнаго основанія заключать, что подмѣченное нами однообразіе повторится при всякомъ сочетаніи явленій; нѣтъ, слѣдовательно, увѣренности въ томъ, что нами установлено необходимое однообразіе, или законъ. Установленное въ предѣлахъ наблюденія однообразіе отношеній между явленіями носитъ названіе эмпирическаго закона и противополагается закону въ научномъ смыслѣ, или математическому, т. е. необходимому отношенію между явленіями. Превращеніе эмпирическаго закона въ математическій достигается путемъ сочетанія наблюденія съ разсужденіемъ. Полученные индуктивнымъ путемъ выводы подлежатъ провѣркѣ посредствомъ дедукціи. Если положеніе, добытое путемъ индукціи, будетъ затѣмъ демонстрировано путемъ дедукціи, то такое положеніе получитъ несомнѣнное значеніе научной истины.

Индуктивное изученіе общественныхъ явленій представляется намъ вполнѣ яснымъ. Нельзя сказать того же про дедуктивную провѣрку эмпирическихъ законовъ. Здѣсь возникаетъ вопросъ о томъ, откуда взять исходное положеніе для дедукціи. Какъ учитъ насъ математика, въ которой безраздѣльно царитъ дедуктивный методъ, исходнымъ положеніемъ для дедукціи могутъ служить аксіомы. Примѣнительно къ явленіямъ, болѣе

сложнымъ, чѣмъ математическія, разумъ нашъ не обладаетъ аксіомами. Слѣдовательно, при изученіи болѣе сложныхъ явленій приходится дедуцировать не изъ первоначальныхъ аксіомъ, а изъ истинъ, методически добытыхъ и доказанныхъ въ области изученія предшествовавшихъ менѣе сложныхъ явленій. О. Контъ такъ и поступилъ. За исходное положеніе для дедуктивной провѣрки эмпирическихъ законовъ общественныхъ явленій онъ принялъ данныя біологіи относительно основныхъ свойствъ человѣческаго индивида. Такимъ образомъ методологическая полнота изученія общественныхъ явленій оказывалась у него обезпеченной.

Дальнѣйшая критика показала, что тѣ данныя біологіи, которыя О. Контъ принималъ за научныя истины, отнюдь не имѣли этого характера, такъ какъ не могли быть достаточно обоснованы и принимались, въ сущности говоря, на вѣру. Мало того, оказалось, что и изученіе біологическихъ явленій во многомъ не идетъ далѣе установленія эмпирическихъ законовъ, такъ какъ для тѣхъ явленій жизни, которыхъ нельзя свести къ физическимъ и химическимъ процессамъ, біологія не располагаетъ исходными положеніями для дедукціи. Такимъ образомъ исходныя положенія, принятыя О. Контомъ для дедуктивной провѣрки эмпирическихъ законовъ, отвергнуты научной критикой. Къ сожалѣнію, они до сихъ поръ не замѣнены другими, достаточно обоснованными. Въ виду этого позитивное изученіе общественныхъ явленій не идетъ далѣе установленія эмпирическихъ законовъ. Но прямолинейные послѣдователи позитивизма не обращаютъ на это вниманія и довольствуются наличнымъ состояніемъ строго позитивной науки объ обществѣ. Они находятъ, что и въ этомъ видѣ, далекомъ отъ методической полноты точныхъ наукъ, позитивное изученіе общественныхъ явленій оказывается существенно важнымъ шагомъ впередъ въ процессѣ развитія человѣческаго знанія: оно даетъ цѣнныя данныя для эмпирическаго приблизительнаго предвидѣнія общественныхъ явленій, что удовлетворяетъ потребностямъ практической общественной дѣятельности и накопляетъ цѣнный эмпирическій матеріалъ, изъ котораго съ теченіемъ времени, съ усовершенствованіемъ методологическихъ пріемовъ, удастся, надо надѣяться, извлечь вполнѣ точные научные выводы.

Позитивное изученіе общественныхъ явленій нашло ключъ къ объясненію соціальнаго вопроса, который не укладывался въ рамки идеалистической философіи права. Оно увидѣло въ немъ новую фазу въ эволюціи общественныхъ явленій и постепенно выяснило причины, ее породившія. Обнаружилось, что причины эти лежатъ въ измѣненіи условій хозяйственной, или экономической жизни. Тѣ метафизическія идеи права, за которыми идеалистическая философія признавала непреложное объективное бытіе, оказались при этомъ не болѣе, какъ дедуктивными выводами изъ преходящихъ условій общежитія, неправильно принятыхъ за вѣчные его устои. Позитивная наука видитъ въ нихъ не конечную цѣль развитія права, но лишь явленіе общественной жизни, подлежащее изученію въ составѣ послѣдней.

Съ позитивной точки зрѣнія правовѣдѣніе составляетъ часть науки объ общественныхъ явленіяхъ, или соціологіи. Сосредоточивая свое изслѣдованіе на одной сторонѣ общественной жизни, наука о правѣ изслѣдуетъ свой спеціальный объектъ въ связи со всѣми другими ея сторонами:

политической, экономической, моральной, религіозной. Объектомъ изученія наука о правѣ считаетъ какъ то положительное право, которое фактически регулируетъ отношенія между людьми, такъ и тѣ раціональныя идеи права, которыя противопоставлялись и противопоставляются праву положительному.

Слѣдуетъ замѣтить, что юристы не сразу дошли до отчетливаго пониманія задачи своей науки въ духѣ позитивизма. Въ этомъ отношеніи замѣчалась, отчасти и теперь замѣчается нѣкоторая сбивчивость. Вызывается она наличностью въ области юриспруденціи двоякаго смысла термина «положительный». Гносеологическій и методологическій смыслъ этого слова, установленный О. Контомъ, является, какъ мы знаемъ, нововведеніемъ. Но у юристовъ издавна существовало свое профессіональное понятіе положительности. Издавна говорили о положительномъ правѣ и разумѣли подъ нимъ то право, которое дѣйствуетъ оффиціально въ предѣлахъ даннаго государства, причемъ нерѣдко отождествляли его съ правомъ, установленнымъ непосредственно государственной властью. Во всякомъ случаѣ противопоставляли положительное право праву естественному, какъ не дѣйствующему, не установленному и не признанному государственной властью, постулируемому (выставляемому въ качествѣ требованія) разумомъ. Такое пониманіе термина «положительный» обще у правовѣдѣнія съ богословіемъ, которое также различаетъ установленный Богомъ положительный законъ и законъ естественный, положительныя (богооткровенныя) религіи и естественныя. Благодаря указанному профессіонально. юридическому пониманію положительности, еще въ XVII вѣкѣ противополагалась школѣ естестеннаго права школа положительная, которая занималась разработкой дѣйствующаго права для цѣлей его практическаго примѣненія на судѣ. Благодаря вѣковой традиціи послѣдней школы, позитивная наука о правѣ смѣшивается съ позитивной юриспруденціей. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ это далеко не одно и то же. Положительная юриспруденція не изслѣдуетъ правовыхъ явленій въ научномъ смыслѣ; она только приспособляетъ наличный матеріалъ дѣйствующаго права путемъ толкованія и систематизаціи для практическаго его примѣненія. Позитивная наука о правѣ дѣлаетъ положительное право предметомъ своего изслѣдованія, выясняетъ его происхожденіе и связь его со всѣми остальными сторонами общественной жизни. Положительная догматическая юриспруденція служитъ для науки о правѣ только матеріаломъ, но не тождественна съ нею. Смѣшеніе обѣихъ дисциплинъ и отождествленіе догматической разработки положительнаго права съ наукой о правѣ извращаетъ гносеологическую задачу послѣдней. Къ сожалѣнію, такое смѣшеніе неоднократно имѣло мѣсто въ прошломъ и оставило многочисленные слѣды въ цѣломъ рядѣ современныхъ ученій о правѣ.

Вліяніе позитивной доктрины сказалось въ энциклопедической литературѣ не ранѣе восьмидесятыхъ годовъ XIX столѣтія. Только съ этого времени появляются энциклопедіи права, задуманныя и исполненныя въ духѣ воззрѣній позитивной науки. Отмѣтимъ важнѣйшія изъ нихъ, каковы:

A. Merkel, Juristische Encyklopädie, 1885; 5-ое изд. 1913 г.; русск. переводъ, 1902 г.

C. Gareis, Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1887; 4-ое изд. 1913 г.

M. Ratkowsky, Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Wien, 1890.

Всѣ онѣ полагаютъ первой своей задачей дать общее ученіе о правѣ, полученное индуктивнымъ путемъ, т. е. путемъ наблюденія правовыхъ явленій и отвлеченія отъ нихъ ихъ специфическихъ общихъ признаковъ. Въ этомъ общемъ ученіи устанавливается основное понятіе права и раздѣленіе его на отдѣльныя отрасли. Отъ органическихъ энциклопедій это общее ученіе о правѣ отличается отсутствіемъ метафизической идеи права; отъ старыхъ эмпирическихъ энциклопедій отличается тѣмъ, что не ограничивается догматической точкой зрѣнія дѣйствующаго права, но изслѣдуетъ правовыя явленія въ связи со всѣми прочими сторонами общественной жизни, разсматривая право не въ его внутренней логической замкнутости, но во внѣшнемъ его проявленіи въ общественной средѣ. Къ общему ученію о правѣ относятся также приводимыя въ названныхъ энциклопедіяхъ методологическія указанія относительно изученія права.

Сверхъ общаго ученія о правѣ дается въ названныхъ энциклопедіяхъ еще и обозрѣніе отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ съ краткимъ изложеніемъ ихъ содержанія. И замыселъ такого отдѣла, и его исполненіе представляютъ собою продолженіе традиціи старыхъ энциклопедій эмпирическаго направленія.

VI. Юридическая энциклопедія, историческій очеркъ развитія которой мы только что прослѣдили, не ограничивалась одной лишь областью правовѣдѣнія, и поневолѣ вынуждена была включать въ кругъ своего разсмотрѣнія и отдѣльные общіе вопросы государствовѣдѣнія. Привлеченіе послѣднихъ было неизбѣжно въ виду обоюдной связи, существующей между правомъ и государствомъ и выражающейся въ томъ, что, съ одной стороны, государство является ближайшей непосредственной средой развитія права, съ другой стороны, въ томъ, что правовыя нормы полагаются въ основу государственной организаціи. Вслѣдствіе этого ни одна энциклопедія права не могла обойтись безъ освѣщенія хотя бы общаго понятія государства, необходимаго для уясненія особенностей государственнаго права.

Въ концѣ XVIII столѣтія появляются особыя энциклопедіи государствовѣдѣнія по аналогіи съ юридическими энциклопедіями. Таковы произведенія Шлецера (Schlözer): Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungsrecht. Einleitung in alle Staatswissenschaften. Encyclopädie und Metapolitik, Leipzig, 1797, и Рессига (Rössig): Entwurf einer Encyclopädie und Methodologie der Staatswissenschaften, Leipzig, 1797, составленныя въ духѣ эмпирическаго направленія своего времени.

Въ XIX столѣтіи заслуживаютъ быть отмѣченными энциклопедіи государственныхъ наукъ Бюлау (Friedrich Bülau, Encyclopädie der Staatswissenschaften, Leipzig, 1832; второе переработанное изданіе — 1856 г.) и Моля (Robert von Mohl, Encyclopädie der Staatswissenschaften, Tübingen, 1859; 2-ое перер. изд. 1872 г.; русск. перев. 1868 г.). Обѣ онѣ — эмпирическаго направленія, причемъ послѣдняя (энциклопедія

Моля) въ отдѣльныхъ частяхъ своихъ отражаетъ вліяніе позитивнаго научнаго мышленія.

Проникновеніе позитивизма въ государствовѣдѣніе вызвало въ области послѣдняго появленіе общаго ученія о государствѣ, представляющаго аналогію извѣстному намъ типу общаго ученія о правѣ.

Неоднократно отмѣчались нами основанія, по которымъ вполнѣ цѣлесообразно соединять общее ученіе о правѣ съ общимъ ученіемъ о государствѣ въ одномъ курсѣ. Цѣлесообразность эта сознавалась издавна представителями различныхъ направленій юридической энциклопедіи, которые не ограничивались неизбѣжными небольшими экскурсами въ область такъ или иначе понимавшагося ими общаго ученія о государствѣ, но излагали послѣднее болѣе или менѣе полно наряду съ ученіемъ о правѣ. Такъ поступали представители органическаго направленія юридической энциклопедіи, — Фридлендеръ и Аренсъ; на той же точкѣ зрѣнія стоялъ представитель позитивнаго направленія — Ратковскій.

VII. Историческій очеркъ развитія энциклопедіи права мы закончили на позитивномъ направленіи. Въ послѣднее время ученые юристы возражаютъ противъ односторонняго позитивизма и выдвигаютъ требованіе, чтобы введенный позитивнымъ направленіемъ эмпиризмъ былъ восполненъ соотвѣтственными элементами раціонализма, который составляетъ интегральную часть методо-научнаго познанія. Мы познакомимся съ этимъ новымъ теченіемъ при характеристикѣ современной литературы нашей науки.

Начиная съ XVII вѣка, намъ приходилось говорить исключительно о нѣмецкой литературѣ права. Вызвано это тѣмъ, что въ дѣйствительности самостоятельное развитіе энциклопедіи права выпало исключительно на долю Германіи. Такая гегемонія нѣмецкой мысли въ созиданіи энциклопедіи права объясняется широкой постановкой преподаванія права въ германскихъ университетахъ. Благодаря реформаціи, нѣмецкіе университеты пріобрѣли значительную свободу въ дѣлѣ научнаго изслѣдованія и обученія. Порвавъ съ клерикальными традиціями, они получили возможность расширить преподаваніе до предѣловъ, намѣчавшихся требованіями свободной науки. Юридическіе факультеты сорвали съ себя средневѣковыя оковы iuris utriusque и съ XVII вѣка выработали раціональный систематическій планъ преподаванія, въ которомъ отведено было подобающее мѣсто теоретическимъ дисциплинамъ. Среди послѣднихъ выдвинулась и развивалась энциклопедія права, какъ дисциплина вводная. Въ другихъ странахъ, особенно во Франціи, юридическіе факультеты почти вплоть до XIX вѣка сводили все преподаваніе къ римскому и каноническому праву, вслѣдствіе чего въ нихъ не разрабатывалась теоретическая пропедевтика, и не составилось самостоятельной литературы энциклопедіи права. Послѣдняя вошла въ кругъ университетскаго преподаванія, и получила литературную разработку въ болѣе позднее время. Поэтому мы относимъ вопросъ о развитіи и постановкѣ энциклопедіи права во Франціи, въ Англіи, а затѣмъ и въ Россіи къ слѣдующему параграфу, посвященному обзору современной литературы нашего предмета. Въ немъ сообщимъ и то немногое, что приходится сказать объ историческомъ развитіи юридической энциклопедіи въ этихъ странахъ.

§ 3. НОВѢЙШАЯ УЧЕБНАЯ ЛИТЕРАТУРА ПО ЭНЦИКЛОПЕДІИ ПРАВА

Fr. Berolzheimer, Die deutsche Rechtsphilosophie im zwanzigsten Jahrhundert, Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, I Band (1907—8 гг.); G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914; Julien Bonnecase, La notion du droit en France au XIX siècle, Revue générale du droit, tome XXXIX (1915) et suiv.; сборникъ La science française, изд. франц. мин. нар. просв. въ 1915 г., т. II, стр. 317 слѣд.; Проф. М. Поповилиевъ, Енциклопедия и обща теория на правото, София, 1905 г. (см. Ж. М. Ю., 1907 г., янв.); Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, введеніе; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очерки IV, VIII, XV; Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, Lausanne-Paris, 1908-1919, livre II, chap. XII-XIII; Erich Kaufmann, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie, 1921; M. Salomon, Grundlegung der Rechtsphilosophie, 1919; Felix Somlo, Grundbegriffe der Rechtslehre, 1918.

I. На развитіе нѣмецкой учебной литературы по энциклопедіи права въ новѣйшее время оказываютъ вліяніе два обстоятельства: 1) измѣнившееся положеніе энциклопедіи права въ системѣ преподаванія на юридическихъ факультетахъ Германіи, и 2) проявившійся въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи поворотъ отъ позитивизма къ идеализму въ теоріи познанія и въ этикѣ.

Измѣненіе плановъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ Германіи произошло еще во второй половинѣ 90-хъ годовъ минувшаго столѣтія. Вызвано оно было главнымъ образомъ ожидавшимся введеніемъ въ дѣйствіе новаго общегерманскаго Гражданскаго Уложенія, послѣдовавшимъ 1 янв. 1900 г. Въ виду предстоявшей громадной работы по догматической разработкѣ новаго Уложенія рѣшено было значительно расширить спеціальное преподаваніе цивилистики (гражданскаго права) за счетъ общихъ теоретическихъ дисциплинъ. Новые планы преподаванія въ этомъ духѣ были выработаны Эйзенахской конференціей юристовъ 1896 года и проведены затѣмъ въ жизнь правительственными указами различныхъ нѣмецкихъ государствъ. Пространный курсъ энциклопедіи права былъ замѣненъ при этомъ краткимъ «введеніемъ въ правовѣдѣніе» (Einführung in die Rechtswissenschaft). Такое «введеніе» состоитъ изъ сжатаго общаго ученія о правѣ и конспективныхъ, точнѣе проспективныхъ, очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Общее ученіе о правѣ свелось къ ряду элементарныхъ опредѣленій и раздѣленій права, къ своего рода юридическому катехизису.

Примѣнительно къ новымъ планамъ преподаванія созданъ былъ въ учебной литературѣ новый типъ вводнаго энциклопедическаго курса. Изъ произведеній этого рода заслуживаютъ быть отмѣченными слѣдующія: E. Gruber, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1901 г., 5-ое изд., 1919 г.; J. Kohler, Einführung in die Rechtwissenschaft, 1-ое изд. 1902 г., 5-ое изд. 1919 г.: Th. Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1904 г., 2-ое изд. 1912 г. (вторымъ изданіемъ вышла первая часть, посвященная общему ученію о правѣ, въ частности ученію о методѣ правовѣдѣнія и объ источникахъ права); G. Radbruch, Ein-

führung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1910 г., 3-ое изд. 1919 г. (имѣется русскій переводъ, изд. въ 1915 г. подъ редакціей и съ предисловіемъ Б. А. Кистяковскаго).

Учебники Грюбера и Штернберга составлены въ духѣ позитивнаго направленія, причемъ надлежитъ отмѣтить, что Штернбергъ вполнѣ сознательно и планомѣрно освободилъ общее ученіе о правѣ отъ смѣшенія научнаго позитивизма съ позитивизмомъ догматико-юридическимъ (см. выше стр. 37—38), что дѣлаетъ его произведеніе особенно цѣннымъ. Учебникъ Штернберга чуждъ обычной для «введеній» элементарности и суммарности; въ первой его части дано глубоко продуманное и оригинальное изложеніе общаго ученія о правѣ.

«Введенія» Колера и Радбруха отражаютъ въ себѣ тотъ поворотъ отъ позитивизма къ идеализму, о которомъ намъ сейчасъ придется говорить.

Какъ мы уже знаемъ, позитивизмъ не въ состояніи установить научные законы общественныхъ явленій и вынужденъ ограничиваться констатированіемъ эмпирическихъ законовъ въ области обществовѣдѣнія. Упорные позитивисты довольствуются такимъ положеніемъ дѣла въ современной наукѣ объ обществѣ, такъ какъ считаютъ это положеніе временнымъ, преходящимъ. Они надѣются, что путемъ дальнѣйшаго развитія, позитивной наукѣ удастся добыть исходныя положенія для дедукціи, помощью которой эмпирическіе законы общественныхъ явленій будутъ превращены въ точные научные законы. Болѣе глубокій критическій анализъ позитивной методологіи показываетъ однако, что такая надежда тщетна, потому что позитивизмъ по самому существу своему безсиленъ установить точные научные законы общественныхъ явленій. Дѣло въ томъ, что та дедукція, которую позитивизмъ хочетъ использовать для превращенія эмпирическихъ соціальныхъ законовъ въ точные научные законы, представляетъ собою спеціальный методъ, присущій математикѣ. Дедуктивная провѣрка эмпирическихъ законовъ есть ничто иное, какъ приложеніе къ индуктивнымъ обобщеніямъ математики, облеченіе добытыхъ индукцій эмпирическихъ положеній въ математическія формулы. Такое приложеніе возможно только тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ количественными отношеніями или съ такими отношеніями качественными, которыя поддаются переводу въ отношенія количественныя. Но тамъ, гдѣ не можетъ быть все выражено количествомъ, числомъ, тамъ нѣтъ болѣе точныхъ законовъ. Въ такомъ именно состояніи обрѣтаются важнѣйшіе отдѣлы біологіи, особенно область явленій біогенетическихъ (область исторіи происхожденія и развитія органической жизни), которыя ближе всего къ явленіямъ общественнымъ. Въ области послѣднихъ мы имѣемъ дѣло съ такими отношеніями качества, которыя не могутъ быть измѣрены и вычислены, а потому не могутъ быть переведены въ количество. Слѣдовательно въ общественныхъ наукахъ не могутъ быть установлены точные научные законы. Такъ какъ научная критика вскрыла принципіальное безсиліе позитивизма въ области общественныхъ наукъ, то въ правовѣдѣніи должно было произойти нѣкоторое новое движеніе. Это движеніе обратилось вновь къ идеализму.

Въ свое время позитивизмъ отвергъ не только погрѣшности и крайности идеализма, но и все направленіе въ цѣломъ. Поскольку въ первомъ отношеніи позитивизмъ былъ правъ, постольку во второмъ отношеніи онъ

былъ не правъ. Старый идеализмъ грѣшилъ въ томъ, что игнорировалъ эмпирію и навязывалъ дѣйствительности апріорное объясненіе. Позитивизмъ изобличилъ и устранилъ эти погрѣшности. Въ этомъ заключается его несомнѣнная и важная заслуга. Но эти погрѣшности не исчерпывали вѣдь всего идеализма. Оставалось еще у него основное и самое важное ученіе о трансцендентальныхъ идеяхъ, т. е. о такихъ идеяхъ, которыя превосходятъ эмпирическій опытъ и предпосылаются ему. Таковы, напримѣръ, идеи закономѣрности и причинности, отъ которыхъ отправляется позитивное наблюденіе явленій. Трансцендентальныя идеи проявляютъ свое дѣйствіе въ двухъ областяхъ: въ области гносеологіи (теоріи познанія) и въ области этики. Мы не упоминаемъ здѣсь объ эстетикѣ, такъ какъ она не имѣетъ прямого отношенія къ изученію явленій общественныхъ и правовыхъ, непосредственно насъ занимающихъ. Въ области гносеологіи трансцендентальныя идеи служатъ исходными точками и руководящей нитью познанія. Въ области этики трансцендентальныя идеи устанавливаютъ безусловныя правила для оцѣнки измѣнчивыхъ явленій. Слѣдовательно и въ томъ, и въ другомъ случаѣ идеи имѣютъ нормативный характеръ (т. е. характеръ нормы, правила). Общественныя науки, вообще, и наука права, въ частности, нуждаются въ нормативныхъ идеяхъ того и другого порядка. Вполнѣ понятна потребность въ нормативныхъ идеяхъ для цѣлей познанія. Что же касается этическихъ нормативныхъ идей, то потребность въ нихъ для общественныхъ наукъ и для правовѣдѣнія нуждается въ особомъ объясненіи, къ чему и переходимъ.

Еще Огюстъ Контъ отмѣтилъ, въ качествѣ существеннаго и специфическаго признака общественныхъ явленій, вліяніе предшествующихъ поколѣній на послѣдующія, все увеличивающееся и все усиливающееся. Вліяніе это различается двоякое, — біологическое и соціологическое. Въ біологическомъ отношеніи имѣется физическая наслѣдственность, которая изслѣдуется въ антропологіи и относится къ вѣдѣнію естествознанія. Въ соціологическомъ отношеніи имѣется передача отъ поколѣнія къ поколѣнію того, что создается самимъ человѣкомъ. Въ результатѣ человѣческаго созиданія получаются культурныя цѣнности, среди которыхъ можемъ различать цѣнности матеріальныя, интеллектуальныя и моральныя. Накапливаніе культурныхъ цѣнностей выдѣляетъ изъ болѣе широкой области біологическихъ явленій болѣе узкую сферу явленій соціологическихъ. Общежитіе существуетъ и въ мірѣ животныхъ. Но это общежитіе животныхъ всецѣло опредѣляется ихъ физіологическими потребностями и даже физіологическими особенностями. Но нѣтъ у животныхъ культуры, нѣтъ передачи культурныхъ цѣнностей, нѣтъ поэтому у нихъ общественной жизни въ подлинномъ смыслѣ этого слова, какъ она имѣется у людей. Такъ называемая общественная жизнь животныхъ всецѣло относится къ біологіи и не даетъ спеціальнаго матеріала для общественныхъ наукъ. Общественныя науки — это науки о культурѣ, и въ этомъ смыслѣ онѣ противопоставляются естественнымъ наукамъ, отъ которыхъ разнятся и по своему объекту, и по методу (см. Heinrich Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2-te Aufl., Tübingen, 1910).

Когда человѣческимъ трудомъ создается извѣстная культурная цѣнность, то послѣдняя усиливаетъ власть человѣка надъ природой, увеличи-

ваетъ силы человѣка и представляетъ собою нѣчто, чего раньше не было, что превосходитъ всѣ предшествовавшія усилія. Однимъ словомъ, въ созиданіи культурныхъ цѣнностей добываемое произведеніе даетъ нѣчто большее, чѣмъ представлялъ собою потраченный на него трудъ. Въ исторіи культурнаго развитія, съ каковымъ тождественно развитіе общественное, не дѣйствителенъ законъ механической причинности, по которому причина равна слѣдствію (causa aequat effectum). Въ общественныхъ явленіяхъ слѣдствіе превосходитъ причину (effectus exsuperat causam). Въ силу этого, законы механической причинности, выведенные для естественно-научныхъ явленій, не примѣнимы къ явленіямъ соціологическимъ. Въ общественныхъ наукахъ имѣется свое особое понятіе причинности, не механической, а телеологической (цѣлевой причинности). Телеологическая причинность не ограничивается объясненіемъ явленій, но приводитъ и къ ихъ оцѣнкѣ. По поводу оцѣнки явленій возникаетъ вопросъ о критеріи для нея. Въ качествѣ критерія для оцѣнки общественныхъ явленій, безъ каковыхъ не можетъ быть ихъ всесторонняго и полнаго уразумѣнія, могутъ быть приняты только трансцендентальныя сужденія о тѣхъ цѣнностяхъ, которыя созидаются людьми и наполняютъ содержаніе культуры, а слѣдовательно, и общественной жизни. Выше мы различили три вида культурныхъ цѣнностей: матеріальныя, интеллектуальныя и моральныя цѣнности. Среди нихъ первое мѣсто по важности конечнаго значенія принадлежитъ моральнымъ цѣнностямъ, ибо матеріальныя и интеллектуальныя цѣнности — это въ концѣ концовъ только средства для рѣшенія проблемы о совмѣстномъ существованіи людей, т. е. моральной проблемы. Въ соотвѣтствіи съ этимъ для законченнаго познанія общественныхъ явленій необходимо трансцендентальное сужденіе о моральныхъ цѣнностяхъ. А такое сужденіе должно опираться на нормативную этическую идею. Такимъ образомъ мы видимъ, что для того, чтобы найти выходъ изъ односторонняго позитивизма, необходимо обратиться къ идеализму не только гносеологическому, но и этическому.

На первый взглядъ можетъ показаться, что поворотъ современнаго правовѣдѣнія въ сторону идеализма, является простымъ возвратомъ къ старой идеалистической философіи. Такое мнѣніе, однако, не правильно, движеніе учитываетъ все послѣдующее развитіе философской мысли, пріемлетъ всѣ надежныя данныя позитивизма и заботится только объ устраненіи односторонности позитивизма. Современное движеніе не возвращается на старыя позиціи, но стремится къ тому, чтобы открыть пути для дальнѣйшаго развитія философской и научной мысли. Въ отличіе отъ стараго метафизическаго идеализма, новое движеніе называетъ себя критическимъ научнымъ идеализмомъ.

Идеализмъ и эмпиризмъ — это два вѣчные элемента человѣческаго познанія и міровоззрѣнія. Они развивались отдѣльно, нерѣдко совершенно обособленно и вслѣдствіе такого обособленія впадали въ крайности. Будетъ, думается намъ, кстати, если по поводу нихъ приведемъ хорошо извѣстное изреченіе Лейбница, что всѣ ученія правы въ томъ, что утверждаютъ, и неправы въ томъ, что отрицаютъ. Нуженъ, слѣдовательно, синтезъ элементовъ утвержденія какъ изъ позитивизма, такъ и изъ идеализма. Такой синтезъ будетъ подлинно позитивенъ, ибо охватитъ познаваемое много-

стороннѣе, слѣдовательно, постигнетъ его глубже и адэкватнѣе дѣйствительности.

Совершающійся такимъ образомъ въ теоретическомъ правовѣдѣніи поворотъ въ сторону идеализма принимаетъ различныя формы и выражается въ различныхъ направленіяхъ. Среди нихъ наиболѣе законченное выраженіе въ учебной литературѣ энциклопедіи права получили неокантіанство и неогегельянство: первое представлено въ произведеніяхъ Рудольфа Штаммлера (Rudolf Stammler): Theorie der Rechtswissenschaft (1911 г.) и Lehrbuch der Rechtsphilosophie (1922 г.), второе — въ произведеніи Іосифа Колера (Joseph Kohler): Lehrbuch der Rechtsphilosophie, (1-ое изд. 1909 г., 2-ое изд. 1917 г.).

Неокантіанство представляетъ собою возрожденіе раціонализма въ томъ очищенномъ отъ эмпирической примѣси и обусловленнаго послѣдней догматизма видѣ, который данъ былъ раціонализму критикою Канта (см. выше стрн. 28). Исходя изъ апріорнаго (предшествующаго опыту и его опредѣляющаго) положенія о самостоятельности и самодовлѣющемъ значеніи нравственнаго начала въ человѣкѣ, Кантъ выводитъ право изъ непреложныхъ требованій нравственнаго закона и строитъ теорію права съ точки зрѣнія его идеальной цѣли, а не механической причинности. Слѣдуя завѣтамъ великаго философа, неокантіанцы устанавливаютъ раціональнымъ путемъ всеобщеобязательную, необходимую идею права и абсолютный критерій для оцѣнки права положительнаго. Такимъ образомъ они восполняютъ неустранимые эмпирическимъ путемъ пробѣлы эмпирическаго правовѣдѣнія.

Неогегельянство является возрожденіемъ абсолютнаго идеализма, который признавалъ объективное бытіе идей и постепенную реализацію ихъ въ условіяхъ эмпирической дѣйствительности (см. выше стрн. 30). Отвергнувъ обязательность философско-исторической схемы Гегеля, неогегельянцы самостоятельно изучаютъ эмпирическій процессъ всемірно-историческаго развитія права и слѣдуютъ Гегелю въ томъ, что въ каждой стадіи этого развитія видятъ извѣстный моментъ реализаціи имманентной разумной идеи права, отъ которой и отправляются въ своихъ теоретическихъ сужденіяхъ.

На ряду съ указанными проявляется еще третье, выходящее изъ новокантовской философіи, направленіе, которое также признаетъ недостаточность позитивной методологіи для построенія теоріи права и стремится восполнить и осмыслить эмпирическое изученіе правовыхъ явленій философіей культуры. Послѣдняя провозглашаетъ гносеологическую и методологическую самостоятельность наукъ о человѣческой культурѣ, или о человѣческомъ духѣ. Въ то время какъ естественныя науки изслѣдуютъ явленія съ точки зрѣнія механической причинности, наука о культурѣ занимается не только причиннымъ объясненіемъ явленій духовной жизни человѣка, но и оцѣнкой ихъ съ точки зрѣнія вырабатываемыхъ культурою нравственныхъ (этическихъ) требованій. Сообразно этому теорія права должна стремиться къ установленію телеологической (опредѣляемой цѣлью) идеи права и къ выработкѣ критерія для оцѣночныхъ сужденій о правѣ. Представителемъ философско-культурнаго направленія въ правовѣдѣніи

является Густавъ Радбрухъ (Gustav Radbruch) со своимъ новѣйшимъ произведеніемъ: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914 года.

Великая война и послѣдующая революція ослабили, во всякомъ случаѣ, замедлили развитіе въ Германіи научной литературы вообще и литературы по общей теоріи права въ частности. Тѣмъ не менѣе, кромѣ повторныхъ изданій старыхъ руководствъ, появляются за послѣднее время и новыя. Можемъ отмѣтить слѣдующія: Paul Krückmann, Einführung in das Recht, 1916; J. W. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft (въ сборникѣ: Grundrisse der Rechtswissenschaft), 1919; Richard Schmidt, Einführung in die Rechtswissenschaft, Erster Teil: Anfangsbegriffe der Rechtslehre und Grundzüge des geltenden Rechts, 1921.

Особеннаго вниманія заслуживаетъ руководство Рихарда Шмидта. Убѣжденный сторонникъ постановленія Эйзенахской конференціи германскихъ профессоровъ права въ 1896 г. о замѣнѣ прежнихъ энциклопедій «введеніемъ въ правовѣдѣніе», Р. Шмидтъ полагаетъ, что послѣднее должно состоять изъ двухъ частей. Первая часть должна давать самые краткіе элементы предварительнаго общаго ученія о правѣ, а затѣмъ, должна представить въ общихъ чертахъ цѣлокупную картину дѣйствующаго права. Вторая часть должна быть посвящена философіи права. Авторъ пока издалъ первую часть, которая составляетъ компактный томъ въ 424 страницы. Какъ видимъ, идея краткаго «введенія въ правовѣдѣніе» не выдержана авторомъ. Его «Введеніе» готово превратиться въ большую энциклопедію, напоминающую собой энциклопедіи права сороковыхъ и пятидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія. Оно родственно имъ и по духу, ибо авторъ тяготѣетъ къ идеализму,—къ гегельянству, что видно изъ первыхъ шести параграфовъ, содержащихъ основныя понятія о правѣ и о наукѣ права. Все остальное содержаніе книги посвящено изображенію основныхъ чертъ дѣйствующаго права, именно тѣхъ принципіальныхъ новшествъ, которыя внесены въ правовую жизнь; или, быть можетъ, точнѣе, въ законодательство Германіи революціей. Весьма цѣнна та основательная и объективная научная критика, которой авторъ подвергаетъ скороспѣлыя «завоеванія революціи».

II. Французское правовѣдѣніе весьма скудно учебной литературой по энциклопедіи права. При томъ громадномъ значеніи, которое принадлежитъ французскому уму въ научно-идейномъ творчествѣ и при общемъ богатствѣ французской юридической литературы, отмѣченное явленіе объясняется исключительно тѣмъ, что энциклопедія права не входила и не входитъ во Франціи въ число предметовъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ. Только въ 1840 году установлено было во Франціи преподаваніе юридической энциклопедіи подъ названіемъ «общаго введенія въ изученіе права» (L'introduction générale à l'étude du droit). Нововведеніе это не привилось, и съ теченіемъ времени энциклопедія права исчезла изъ учебныхъ плановъ юридическихъ факультетовъ во Франціи. Для удовлетворенія учебной потребности, вызванной существованіемъ въ свое время каѳедры энциклопедіи права, появились во Франціи нѣсколько соотвѣтственныхъ руководствъ, среди которыхъ наиболѣе популярнымъ было руководство Эшбаха (Eschbach): L'introduction générale à l'étude du droit, 3-ье

изд., 1856 г. Это сочиненіе Эшбаха и подобныя ему пропедевтическія руководства, время отъ времени появлявшіяся во французской литературѣ вплоть до второй половины 80-хъ годовъ минувшаго столѣтія, отличаются элементарнымъ характеромъ. Направленіе ихъ — эклектическое: съ одной стороны, они даютъ эмпирическія обобщенія позитивной юридической догматики, опираясь главнымъ образомъ на наиболѣе разработанную догму гражданскаго права; съ другой стороны, они слѣдуютъ руководящимъ для государственной жизни Франціи «великимъ принципамъ 1789 года» и подъ этимъ флагомъ проводятъ и теоретическія положенія школы естественнаго права.

Отсутствіе преемственнаго развитія энциклопедіи права во Франціи приводитъ къ тому, что появляющіеся за послѣднее время общіе труды энциклопедическаго характера не состоятъ другъ съ другомъ ни въ какой связи: каждый изъ нихъ стоитъ особнякомъ и характеризуется своимъ особымъ направленіемъ. Заслуживаютъ быть отмѣченными слѣдующія произведенія: A. Boistel, Cours de la philosophie du droit, 1899 г. въ 2 томахъ; Louis Bridel, Encyclopédie juridique, 1907 г.; Henri Rolin, Prolégomènes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique, 1911.

Курсъ философіи права Буастеля представляетъ собою возрожденіе раціоналистической теоріи права XVIII вѣка. Въ юридической энциклопедіи Бриделя сочетаются эмпирическія обобщенія позитивнаго правовѣдѣнія съ принципами нравственнаго идеализма, неуклонно проводимыми французскими юристами въ противовѣсъ реализму нѣмецкой науки. Пролегомены Ролена даютъ строго позитивное ученіе о правѣ съ точки зрѣнія соціальной психологіи.

Къ французской, по языку, литературѣ относится сочиненіе бельгійскаго сенатора Пикара (E. Picard): Le droit pur. Encyclopédie du droit, выдержавшее нѣсколько изданій и послѣдній разъ вышедшее въ свѣтъ въ 1908 году. Авторъ излагаетъ общее ученіе о правѣ, которое разумѣетъ какъ совокупность основныхъ и неизмѣнныхъ юридическихъ принциповъ, отвлекаемыхъ отъ конкретнаго содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Кромѣ такихъ эмпирическихъ обобщеній преимущественно формальнаго характера встрѣчается въ «чистомъ правѣ» Пикара и обсужденіе содержанія права по существу съ точки зрѣнія раціоналистическихъ постулатовъ въ духѣ естественнаго права.

Въ связи съ великой войной появился новый энциклопедическій трудъ во французской литературѣ: Gaston May, Introduction à la science du droit, 1920. Это лекціи, читанныя проф. Мэ въ 1919 г. въ Парижѣ американскимъ студентомъ, находившимся во Франціи въ составѣ союзной американской арміи. И въ заглавіи, и въ подборѣ матеріала для содержанія, авторъ слѣдуетъ образцу нѣмецкихъ «введеній въ правовѣдѣніе». Книга излагаетъ ученіе исключительно французскихъ юристовъ, съ каковымъ авторъ и хотѣлъ познакомить своихъ иностранныхъ слушателей. Характерно, что авторъ жалуется на отсутствіе во Франціи особой литературы по энциклопедіи права.

III. Англійская юриспруденція развивалась и развивается настолько своеобразно, что во многомъ оказывается почти несоизмѣримой съ правовѣдѣніемъ континентальныхъ европейскихъ странъ. Отличительной

особенностью англійскаго правовѣдѣнія является то, что состояніе его опредѣлялось и опредѣляется не общими гносеологическими и методологическими направленіями науки, а спеціальными потребностями судебной и государственной практики. Вслѣдствіе этого англійское правовѣдѣніе слѣдуетъ въ общемъ догматическому направленію. Своеобразіе государственнаго уклада и правообразованія въ Англіи придаетъ однако догматизму англійскихъ юристовъ особенный характеръ, существенно отличающій его отъ юридическаго догматизма ихъ континентальныхъ собратій. Отсутствіе писаной конституціи и законченныхъ кодексовъ гражданскаго и уголовнаго права заставляетъ англійскихъ юристовъ искать нужныхъ правоположеній въ многовѣковой практикѣ парламента и судовъ и требуетъ отъ нихъ спеціальнаго умѣнія разбираться въ грудѣ разновременныхъ законодательныхъ актовъ. Вслѣдствіе этого въ догматическую юриспруденцію вводится исторія права въ качествѣ необходимаго и существеннаго ея элемента. Въ дѣлѣ правообразованія отведена въ Англіи видная роль судьѣ, который рѣшаетъ дѣла и по законамъ, и по юридическимъ обычаямъ, и по примѣру прежнихъ судебныхъ рѣшеній (по прецедентамъ), и примѣнительно къ требованіямъ справедливости (equity = лат. aequitas), и въ необходимыхъ случаяхъ самъ творитъ право. Все это открываетъ передъ англійской юриспруденціей просторы, значительно болѣе широкіе, чѣмъ тотъ кругъ воззрѣній, въ которомъ вращается юридическая догматика континентальныхъ странъ Европы. Вмѣсто самодержавнаго господства закона, которымъ скована континентальная юриспруденція, англійская юриспруденція имѣетъ дѣло съ многообразіемъ равнозначущихъ источниковъ права. Самые пріемы догматизаціи у англійскихъ юристовъ иные, чѣмъ у континентальныхъ. Въ то время какъ континентальные юристы имѣютъ дѣло почти исключительно съ готовыми общими положеніями закона и изъ нихъ дедуцируютъ рѣшенія частныхъ случаевъ, англійскимъ юристамъ приходится предварительно устанавливать самыя правоположенія индуктивнымъ путемъ, путемъ наведенія отъ болѣе или менѣе казуистическихъ прецедентовъ и обычаевъ къ юридической нормѣ болѣе или менѣе общаго характера, открывающаго возможность послѣдующей дедукціи для новаго казуса.

Разносторонность и сложность англійской догматической юриспруденціи вызвали въ ней необходимость образованія нѣкоторой обобщающей, энциклопедической дисциплины, извѣстной у англійскихъ юристовъ подъ различными названіями, — общей юриспруденціи, чистой юриспруденціи, теоріи права и даже философіи положительнаго права. Англійская общая теорія права, въ отличіе отъ континентальной, не изучаетъ права на болѣе широкомъ фонѣ гносеологіи, психологіи, соціологіи, моральной философіи, не выходитъ за предѣлы юриспруденціи, не разсматриваетъ ея со стороны, а пребываетъ въ ея собственныхъ нѣдрахъ. Задача англійской общей теоріи права сводится къ анализу спеціальныхъ и специфическихъ процессовъ мышленія, свойственныхъ догматической юриспруденціи страны, и къ установленію путемъ обобщенія тѣхъ руководящихъ принциповъ, которыми опредѣляется примѣненіе и созиданіе положительнаго права.

Среди произведеній англійской учебной литературы по общей теоріи права можемъ отмѣтить въ качествѣ наиболѣе распространенныхъ слѣдующія руководства: Holland, The Elements of Jurisprudence, 10-е

Samml IV

изд. 1906 г.; W. Markby, Elements of Law considered with Reference to Principles of General Jurisprudence, 6-ое изд. 1906 г.; John W. Salmond, Jurisprudence or the Theory of the Law, 2-ое изд. 1907 г.

IV. Первый опытъ систематической разработки энциклопедіи права въ русской литературѣ представляетъ собою сочиненіе доктора правъ Павла Дегая: «Пособія и правила изученія россійскихъ законовъ или Матеріалы къ энциклопедіи, методологіи и исторіи литературы россійскаго права», вышедшее въ Москвѣ въ 1831 году.

Энциклопедія права достигла, по мнѣнію Дегая, достоинства науки въ трудѣ І. Ст. Пюттера, воплотившемъ въ себѣ, какъ намъ уже извѣстно (см. выше стр. 28), эмпирическое направленіе юридической энциклопедіи второй половины XVIII вѣка. Поставивъ трудъ І. Ст. Пюттера во главу угла, Дегай тѣмъ не менѣе не довольствуется эмпирическимъ направленіемъ и требуетъ восполненія его изученіемъ «философическимъ», достойнѣйшій образецъ какового усматриваетъ въ естественноправовой системѣ Хр. Вольфа. Въ своемъ собственномъ произведеніи Дегай преподаетъ руководящія указанія къ эмпирическому познанію «россійскаго права» въ законодательствѣ и литературѣ, философскаго же ученія о правѣ не разрабатываетъ, ограничиваясь лишь указаніемъ на необходимость «философическаго познанія». Въ цѣляхъ послѣдняго онъ рекомендуетъ «россійскимъ законовѣдцамъ» знакомиться съ ученіемъ Тибо, извѣстнаго въ то время противника исторической школы юристовъ и сторонника естественноправовыхъ воззрѣній.

По общему уставу россійскихъ университетовъ 1835 г. учреждена была каѳедра энциклопедіи законовѣдѣнія. Съ тѣхъ поръ каѳедра эта входитъ неизмѣнно въ составъ всѣхъ нашихъ юридическихъ факультетовъ, причемъ съ 1863 года она получила болѣе широкое и болѣе соотвѣтствующее ей названіе энциклопедіи права. Долголѣтнее прочное положеніе энциклопедіи права въ системѣ университетскаго преподаванія воздѣйствовало въ высшей степени благотворно на развитіе соотвѣтственной учебной литературы.

Въ 1839—40 гг. вышла въ свѣтъ двухтомная «Энциклопедія законовѣдѣнія» извѣстнаго цивилиста и историка права К. А. Неволина. Составлена она въ духѣ абсолютнаго идеализма нѣмецкой философіи первой четверти XIX столѣтія (см. выше стр. 29, сл.) и представляетъ собою первую по времени органическую энциклопедію въ европейской наукѣ. Наиболѣе ранняя изъ нѣмецкихъ энциклопедій этого типа, принадлежащая К. Т. Пюттеру (см. выше стр. 31), появилась семью годами позже Энциклопедіи Неволина. Само собою разумѣется, что ни К. Т. Пюттеръ, ни другіе нѣмецкіе юристы того времени вслѣдствіе незнанія русскаго языка не знали произведенія Неволина. Тѣмъ не менѣе, нельзя не отмѣтить, что Энциклопедія Неволина открываетъ собою то органическое и идеалистическое направленіе юридической энциклопедіи, которое дало пышный расцвѣтъ въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи 40-хъ и 50-хъ годовъ прошлаго столѣтія. Неволинъ сумѣлъ поставить разработанную имъ дисциплину на высоту научнаго и философскаго развитія своего времени. «Энциклопедія законовѣдѣнія» была

изданa вторично въ 1857 г. уже послѣ смерти автора въ полномъ собраніи его сочиненій.

Подражаніемъ произведенію Неволина, но далеко уступавшимъ ему во всѣхъ отношеніяхъ, была «Энциклопедія законовѣдѣнія» Н. Рождественскаго 1863 г.

Съ конца 60-хъ годовъ замѣчается въ русской учебной литературѣ энциклопедіи права поворотъ въ сторону эмпирическаго направленія. Въ 1868 году вышли въ свѣтъ два труда въ духѣ этого направленія: 1) «Теорія права (или) Юридическая догматика» М. Н. Капустина, и 2) «Очерки юридической энциклопедіи» Н. К. Ренненкампфа. Оба эти труда извлекаютъ общее ученіе о правѣ изъ догматической юриспруденціи, преимущественно изъ догмы гражданскаго права, и восполняютъ данныя догматическаго матеріала идеей развитія права согласно ученію исторической школы юристовъ (см. выше стр. 30). Разработка общаго ученія о правѣ у Капустина, сравнительно съ Ренненкампфомъ, отличается извѣстной глубиной и оригинальностью мысли. Положительную сторону поверхностныхъ и элементарныхъ «Очерковъ» Ренненкампфа составляетъ общедоступность и легкость ихъ изложенія. Эти внѣшнія качества сдѣлали произведеніе Ренненкампфа весьма распространеннымъ въ свое время учебникомъ, выдержавшимъ нѣсколько изданій. Съ 1889 года «Очерки» Ренненкампфа въ нѣсколько измѣненномъ видѣ стали издаваться подъ названіемъ «Юридической энциклопедіи».

Эпоху въ развитіи энциклопедіи права въ Россіи составили «Лекціи по общей теоріи права» Н. М. Коркунова, впервые вышедшія въ свѣтъ въ 1888 году и съ тѣхъ поръ выдержавшія нѣсколько изданій (въ 1909 г. — 9-ое изданіе).

Коркуновъ далъ единственную въ своемъ родѣ законченную систему общаго ученія о правѣ и о государствѣ, разработанную въ строгомъ духѣ позитивной философіи и методологіи. По мѣстамъ и у Коркунова проскальзываетъ то смѣшеніе научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ (см. выше стр. 38), избѣжать котораго столь трудно профессіональному юристу. Тѣмъ не менѣе, по выдержанности направленія, строгости и стройности мысли «Лекціи» Коркунова были во время своего появленія и во многомъ, пожалуй, и теперь остаются лучшимъ въ европейской литературѣ учебнымъ руководствомъ по позитивной теоріи права. Онѣ далеко оставляютъ за собой нѣмецкія руководства Меркеля, Гарейса, Ратковскаго (см. выше стр. 38—39). Въ 1903 году онѣ были переведены полностью на французскій языкъ подъ заглавіемъ: Cours de théorie générale du droit (2-ое франц. изданіе 1914 г.). Имѣется и англійскій переводъ. Западноевропейскіе юристы до сихъ поръ ссылаются на трудъ Коркунова какъ на наиболѣе полное, законченное и оригинальное изложеніе позитивной теоріи права. Коркуновъ учитываетъ значеніе права, какъ явленія соціальнаго, и въ ученіи о государственной власти проводитъ соціально-психологическую точку зрѣнія. По цѣлому ряду отдѣльныхъ вопросовъ даетъ самостоятельные и оригинальные отвѣты. Въ теченіе многихъ лѣтъ «Лекціи» Коркунова были самымъ распространеннымъ учебнымъ пособіемъ въ нашихъ университетахъ.

Крупное научное явленіе не только въ русской, но и въ европейской литературѣ представляетъ собою «теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности» Л. І. Петражицкаго (2-ое изданіе, т. I, 1909 г.; т. II, 1910 г.). Въ гносеологическомъ и методологическомъ отношеніи Л. І. Петражицкій слѣдуетъ началамъ позитивной философіи, но при этомъ проявляетъ полную самостоятельность и оригинальность въ установленіи точки зрѣнія, съ которой освѣщаются имъ правовыя явленія. Общепринятымъ въ позитивной теоріи права является разсматриваніе правовыхъ явленій, какъ явленій соціальныхъ. Л. І. Петражицкій замѣняетъ соціологическую точку зрѣнія точкой зрѣнія психологической. Право опредѣляется и изслѣдуется Л. І. Петражицкимъ въ качествѣ явленія нашей индивидуальной психики. Соціальнаго момента въ правѣ Л. І. Петражицкій не игнорируетъ, но изслѣдуетъ его, не выходя за предѣлы психологическаго наблюденія, постольку, поскольку онъ отражается въ психическихъ переживаніяхъ индивида. Психологическая теорія права представляетъ собою новое слово, которое вноситъ Л. І. Петражицкій въ научное правовѣдѣніе. Несомнѣнной ея заслугой является рѣшительное и безусловное освобожденіе общаго ученія о правѣ отъ узъ юридическаго догматизма, чего не удалось окончательно достигнуть, какъ это мы отмѣтили выше, Коркунову. Введенное и проведенное Л. І. Петражицкимъ изслѣдованіе правовыхъ переживаній въ индивидуальной психикѣ существенно обогащаетъ наше познаніе права и даетъ цѣнныя руководящія указанія для правового творчества (для политики права). Теорія права не можетъ быть однако построена на одномъ лишь наблюденіи индивидуальной психики, какъ на томъ настаиваетъ Л. І. Петражицкій, и несомнѣнно нуждается въ разностороннемъ матеріалѣ и психологическаго, и соціологическаго изученія права.

Названный выше трудъ Л. І. Петражицкаго даетъ замкнутое въ себѣ изложеніе теоріи автора и представляетъ собою трактатъ, весьма цѣнный для искушенныхъ въ наукѣ спеціалистовъ, но не учебное пособіе, пригодное для начинающихъ.

Въ 1910—1912 гг. вышла въ свѣтъ въ четырехъ выпускахъ «Общая теорія права» Г. Ф. Шершеневича. Это интересное и во многомъ поучительное произведеніе примыкаетъ къ тому типу позитивной теоріи права, который установленъ у насъ Коркуновымъ.

Когда мы говорили выше, что «Лекціи» Коркунова составили эпоху въ развитіи энциклопедіи права въ Россіи, то этимъ мы хотѣли подчеркнуть то обстоятельство, что появленіе произведенія Коркунова ознаменовало собою переходъ отъ идеалистической теоріи права къ позитивной. Такое дѣленіе исторіи русской литературы энциклопедіи права на два періода, характеризуемое смѣной двухъ указанныхъ направленій, въ общемъ соотвѣтствуетъ дѣйствительности и потому является правильнымъ. Однако приведенное общее утвержденіе требуетъ оговорокъ, и общая схема развитія нуждается въ нѣкоторомъ восполненіи. Оговорки и восполненіе относятся въ данномъ случаѣ къ направленію идеалистическому. Идеалистическое направленіе, въ духѣ котораго Неволинъ далъ первую въ Россіи законченную научную систему юридической энциклопедіи, хотя и утратило въ извѣстное время исключительное господство въ нашемъ правовѣдѣніи, но никогда не прерывалось. Довелъ его почти до нашихъ дней скончавшійся въ 1904 году

и работавшій до конца жизни извѣстный нашъ юристъ и государствовѣдъ Б. Н. Чичеринъ — убѣжденный, стойкій и оригинальный послѣдователь идеалистической философіи Гегеля. Въ 1900 году Б. Н. Чичеринъ издалъ «Философію права», въ которой резюмировалъ свои воззрѣнія, проводившіяся имъ въ рядѣ общихъ и спеціальныхъ трудовъ въ теченіе полувѣка.

Поворотъ отъ позитивизма къ идеализму, отмѣченный нами выше въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи (см. стр. 42, сл.), проявился и въ русской наукѣ. Цѣлый рядъ ея представителей, среди которыхъ назовемъ П. И. Новгородцева съ его школой, кн. Е. Н. Трубецкого, Б. А. Кистяковскаго, Е. В. Спекторскаго, выступили съ критикой прямолинейнаго и односторонняго позитивизма и ищутъ новыхъ путей въ духѣ гносеологическаго и нравственнаго идеализма. Въ учебной литературѣ этотъ неоидеализмъ выразился пока въ «Лекціяхъ по энциклопедіи права» кн. Е. Н. Трубецкого (5-ое изд., 1915 г.) и въ «Очеркахъ философіи права» І. В. Михайловскаго (томъ I, 1914 г.).

«Лекціи по энциклопедіи права» кн. Е. Н. Трубецкого представляютъ собою элементарный учебникъ, въ которомъ какъ общее состояніе науки, такъ и собственные взгляды почтеннаго ученаго отразились въ весьма неполномъ и, такъ сказать, уменьшенномъ видѣ.

І. В. Михайловскій признаетъ себя ученикомъ Б. Н. Чичерина и высказываетъ свое сочувствіе неогегельянству, но не слѣдуетъ прямолинейно ни тому, ни другому и строитъ теорію права въ духѣ нравственнаго идеализма, обосновываемаго на религіи, въ чемъ сказывается вліяніе на него философскаго ученія Владиміра Соловьева. Религіозно-метафизическія основы защищаемаго міровоззрѣнія, І. В. Михайловскій сочетаетъ съ данными позитивной науки и пытается объединить ихъ въ синтезѣ, каковой ему не удается. Наличность неточностей, ошибокъ и общая недостаточность объективности въ научныхъ сужденіяхъ умаляютъ значеніе «Очерковъ» въ качествѣ учебнаго пособія.

Послѣднее по времени появленія произведеніе нашей литературы по юридической энциклопедіи, — «Очерки по теоріи права» П. Г. Виноградова (1915 г.) — стоитъ совершенно особнякомъ и внѣ связи съ развитіемъ и состояніемъ научной разработки энциклопедіи права въ Россіи.

Извѣстный историкъ, спеціалистъ по соціальной исторіи Англіи, П. Г. Виноградовъ чрезъ исторію учрежденій перешелъ въ область юриспруденціи и по приглашенію Оксфордскаго университета занялъ въ немъ каѳедру сравнительнаго правовѣдѣнія, приведшую его въ свою очередь къ общей теоріи права, очеркъ которой приходится читать оксфордскимъ студентамъ въ качествѣ введенія къ курсу сравнительнаго правовѣдѣнія. Имѣя въ виду потребности своихъ слушателей и соблюдая традиціи оксфордской каѳедры, П. Г. Виноградовъ развиваетъ въ своихъ «Очеркахъ» теорію права въ томъ духѣ, какъ она сложилась въ англійской юриспруденціи (см. выше стр. 47—48). Изданіемъ своихъ англійскихъ лекцій на русскомъ языкѣ П. Г. Виноградовъ оказалъ соотечественникамъ большую услугу, — далъ возможность широкимъ кругамъ начинающихъ русскихъ юристовъ на родномъ языкѣ познакомиться съ теоріей права въ стилѣ англійской юридической мысли.

За время революціи вышли въ свѣтъ, насколько намъ извѣстно, слѣдующія книги учебнаго характера по общей теоріи права: Н. Н. Алексѣевъ, «Введеніе въ изученіе права», Москва (изданіе Московской Просвѣтительной Комиссіи), 1917 г.; К. А. Кузнецовъ, «Теорія права», выпускъ I, Одесса, 1918 г.; Н. Н. Алексѣевъ, «Общее ученіе о правѣ». Курсъ лекцій, читанныхъ въ Таврическомъ Университетѣ въ 1918/19 учебн. году, изданіе Русскаго Книгоиздательства въ Крыму, Симферополь, 1919 г.; Д. Н. Хлѣбниковъ, «Введеніе въ общее ученіе о правѣ», Екатеринодаръ, 1919 г.

Книга К. А. Кузнецова не попала намъ въ руки. Мы имѣли возможность познакомиться только съ книгами Н. Н. Алексѣева и Д. Н. Хлѣбникова.

«Введеніе» Н. Н. Алексѣева вошло въ его «Общее ученіе о правѣ», и потому мы можемъ ограничиться характеристикой послѣдняго. Цѣнныя достоинства сочиненія Н. Н. Алексѣева составляютъ сдѣланный имъ прекрасный обзоръ всѣхъ основныхъ теченій въ современной общей теоріи права и та ясность, съ которой авторъ передаетъ чужія и излагаетъ собственныя мысли. Н. Н. Алексѣевъ придерживается воззрѣнія, утверждающаго соціальный характеръ юридическихъ нормъ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ онъ полагаетъ основную проблему общей теоріи права не въ оріентаціи права на нравственности, а въ опредѣленіи мѣста права въ цѣлокупномъ составѣ соціальныхъ явленій. Характерно и интересно воззрѣніе Н. Н. Алексѣева на государство. Онъ опредѣляетъ государство какъ преимущественную стихію власти, которая можетъ жить и дѣйствовать и безъ элементовъ права. Регулированіе властныхъ отношеній можетъ происходить чисто нравственнымъ путемъ или путемъ религіи. Оттого право, по мнѣнію Н. Н. Алексѣева, не есть субстанціальный элементъ въ государствѣ, но элементъ болѣе или менѣе случайный. Заслуживаетъ вниманія это стремленіе изобразить власть какъ вполнѣ самостоятельное организующее начало общественной жизни.

«Введеніе» Д. Н. Хлѣбникова представляетъ собою не законченное произведеніе, а скорѣе предварительные матеріалы и наброски для будущей работы. Но и въ такомъ видѣ оно не лишено интереса. По содержанію своему оно даетъ по отдѣльнымъ рубрикамъ общей теоріи права изложеніе господствующей доктрины и неокантіанской философіи права. При этомъ авторъ отмѣчаетъ то новое и цѣнное, что даетъ неокантіанская философія права для выработки критической теоріи юридическаго познанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, авторъ пытается вскрыть кризисъ неокантіанства и указать необходимость новыхъ путей въ философіи права. Послѣдняя попытка не отмѣчается у него опредѣленностью и врядъ ли можетъ быть признана успѣшной.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ПРАВѢ

ГЛАВА I. УСТАНОВЛЕНІЕ ПОНЯТІЯ О ПРАВѢ

§ 4. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЯ ЗАМѢЧАНІЯ

Установленіе понятія или его опредѣленіе заключается въ указаніи родового признака (genus proximum) и видового отличія (differentia specifica) опредѣляемаго явленія. Установленіе понятія о правѣ будетъ заключаться въ послѣдовательномъ отысканіи указанныхъ признаковъ правовыхъ явленій.

На первую очередь ставится вопросъ, каковъ родовой признакъ права, или, говоря иначе, къ какому ближайшему роду явленій относятся явленія правовыя?

Отправляясь отъ различія явленій естественныхъ и общественныхъ, мы не усомнимся отнести право ко второму роду. Общественныя явленія настолько многообразны и сложны, что принадлежностью къ нимъ устанавливается для права все же отдаленный, а не ближайшій родъ явленій. Для отысканія послѣдняго требуется нѣкоторый дальнѣйшій анализъ.

Въ процессѣ общественной жизни легко различаются двѣ стороны: дѣятельность индивидовъ и ея упорядоченіе, или координація дѣйствій индивидовъ. Дѣятельность составляетъ необходимый признакъ жизни всѣхъ животныхъ организмовъ, въ томъ числѣ и людей. Координація дѣйствій индивидовъ составляетъ необходимый признакъ общественной жизни, и безъ нея послѣдняя была бы невозможна. Координація дѣйствій индивидовъ достигается, благодаря наличности опредѣленныхъ правилъ, или нормъ, которыя регулируютъ дѣятельность индивидовъ, вводятъ въ нее извѣстную согласованность, устанавливаютъ опредѣленный порядокъ, безъ котораго общежитіе было бы немыслимо. Эти правила мы назовемъ нормами общественными, или соціальными. Присваивая имъ такое названіе, мы этимъ указываемъ, что нормы эти слагаются въ общественной средѣ, опредѣляютъ жизнь людей въ обществѣ и имѣютъ цѣлью поддержаніе и развитіе общественной жизни. Соціальныя нормы составляютъ формальный моментъ общественной жизни. Содержаніе общественной дѣятельности опредѣляется тѣми цѣлями, которыя вообще преслѣдуетъ человѣческая жизнь; такими цѣлями являются матеріальное и духовное преуспѣяніе, котораго добиваются люди.

Имѣя въ виду указанное различіе содержанія и формы общественной жизни, мы безъ колебаній отнесемъ право къ формѣ. Въ самомъ дѣлѣ, подъ правомъ мы разумѣемъ не самое созиданіе матеріальныхъ и духовныхъ цѣнностей и ихъ потребленіе, а лишь опредѣленную форму дѣятельности людей, созидающей эти цѣнности, и опредѣленную форму, обезпечивающую распредѣленіе послѣднихъ. Такимъ образомъ оказывается, что ближайшимъ для права родомъ будетъ понятіе соціальной нормы.

Установивъ ближайшій для права родъ явленій, мы должны перейти ко второй части той задачи, которую представляетъ собою опредѣленіе права, — къ установленію видового его признака.

Право есть ничто иное, какъ одинъ изъ видовъ соціальной нормы. Ближайшее опредѣленіе права заключается, слѣдовательно, въ установленіи того признака, по которому право отличается отъ прочихъ соціальныхъ нормъ.

Въ составѣ соціальныхъ нормъ мы различаемъ два основныхъ вида: нравственность и право. Такое двухчленное дѣленіе соціальной нормы легко можетъ вызвать возраженіе въ видѣ указанія на бо́льшую сложность понятія спеціальной нормы и, слѣдовательно, на наличность еще и другихъ ея видовъ кромѣ нравственности и права. Намъ необходимо остановиться на разсмотрѣніи возможныхъ возраженій и оправданіи принятаго нами двухчленнаго дѣленія.

Прежде всего, можетъ быть сдѣлано указаніе на религію какъ на регулятивъ общественной жизни и особый видъ соціальной нормы. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что религія имѣетъ существеннѣйшее значеніе для личной и общественной жизни людей и потому глубоко вліяетъ на предписанія соціальныхъ нормъ. Вполнѣ признавая это положеніе, мы тѣмъ не менѣе, не можетъ признавать ее особой разновидностью соціальной нормы. Дѣло въ томъ, что религія опредѣляетъ собою не только форму, но и матерію общественной жизни. Въ соотвѣтствіи съ исповѣдуемымъ представленіемъ о Творцѣ-Промыслителѣ и конечной цѣли видимаго міра, религія устанавливаетъ цѣль земной жизни и примѣнительно къ ней опредѣляетъ самое содержаніе человѣческой дѣятельности. Поскольку же она устанавливаетъ соціальныя нормы, мы получаемъ религіозную нравственность и божественное право. Слѣдовательно, религія не образуетъ особой разновидности соціальной нормы, но сообщаетъ двумъ основнымъ ея разновидностямъ особую квалификацію.

Другое возраженіе противъ двухчленнаго дѣленія соціальной нормы будетъ заключаться въ приведеніи такихъ ея разновидностей, какъ т. н. нравы, правила приличія, правила чести, мода. Ближайшій анализъ покажетъ, что нѣтъ основанія признавать эти правила самостоятельными разновидностями соціальной нормы, такъ какъ всѣ они объемлются главнымъ образомъ нравственностью. Нравы — это ничто иное какъ обиходная мораль, прочно укоренившаяся, вошедшая въ плоть и въ кровь данной группы людей и противополагаемая тѣмъ, обычно болѣе возвышеннымъ, нравственнымъ требованіямъ, которыя въ принципѣ признаются, но на практикѣ большею частью не осуществляются. Правила приличія составляютъ часть нравовъ и регулируютъ внѣшнее оказательство того уваженія къ чужой личности, которое требуется нравственностью. Честь есть опредѣляемая

общественнымъ положеніемъ лица спеціальная воспріимчивость къ тѣмъ или другимъ моральнымъ и юридическимъ обязанностямъ и притязаніямъ; вслѣдствіе этого правила чести распредѣляются между нравственностью и правомъ. Мода, поскольку она выходитъ за предѣлы эстетики, всецѣло относится къ нравамъ.

Такимъ образомъ, мы не видимъ достаточнаго основанія къ умноженію разновидностей соціальной нормы и остаемся при двухчленномъ ея дѣленіи на нравственность и право. Въ соотвѣтствіи съ этимъ мы понимаемъ задачу отысканія видового признака права въ смыслѣ установленія различія его отъ нравственности.

Вопросъ о видовомъ признакѣ права вызываетъ въ наукѣ разногласіе: высказываются различныя мнѣнія, создаются разнообразныя теоріи. Чтобы разобраться въ этомъ разногласіи критически и составить себѣ обоснованное мнѣніе о своеобразіи права, мы должны прослѣдить его особенности со всѣхъ тѣхъ сторонъ, съ которыхъ вообще можетъ быть разсматриваема соціальная норма.

Въ построеніи соціальной нормы можно различать слѣдующіе четыре основныхъ момента: 1) мотиваціонное дѣйствіе нормы на волю индивида, 2) основаніе обязательности нормы, 3) способъ осуществленія ея велѣній, 4) ея цѣль. Четыре указанныхъ момента являются существенными для понятія соціальной нормы и вполнѣ соотвѣтствуютъ основнымъ моментамъ психологическаго построенія человѣческихъ поступковъ. Соціальная норма регулируетъ поступки людей, слѣдовательно, она является однимъ изъ мотивовъ, побуждающихъ индивидуальную волю къ дѣятельности. Норма пріемлется индивидуальной волей въ качествѣ мотива потому, что индивидъ признаетъ эту норму для себя обязательной по тѣмъ или инымъ основаніямъ. Авторитетное велѣніе соціальной нормы осуществляется въ поступкахъ, которые человѣкъ совершаетъ по добровольному влеченію къ соблюденію нормы или по другимъ привходящимъ соображеніямъ; этимъ обусловливаются способы осуществленія нормы. Наконецъ, разъ соціальная норма регулируетъ и направляетъ дѣятельность людей, то функція ея опредѣляется извѣстной цѣлью, осуществленію которой служатъ предписанія нормы.

Мы и разсмотримъ юридическую норму со стороны четырехъ указанныхъ моментовъ и такимъ образомъ выяснимъ съ достаточной полнотой видовые признаки права.

До этого разсмотрѣнія намъ придется остановиться предварительно на нормативномъ характерѣ права въ виду того, что высказывается въ литературѣ мнѣніе, будто право не имѣетъ значенія нормы соціальнаго поведенія, обязательной для всѣхъ.

§ 5. НОРМАТИВНЫЙ ХАРАКТЕРЪ ПРАВА

E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I Bd., 1894; L. Gumplowicz, System socjologji, 1887; J. Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine kritische Studie, 1889; R. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, Buch I, 3, Absch. V; Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen

Denkens, 1908, V. Abschnitt, VI Kapitel, S. 688—712; J. Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1911; Ignatz Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, 1911, Kap. I—III; Leonard Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917; Metzger, Sein und Sollen im Rechte, 1920.

Ближайшимъ родовымъ понятіемъ для права является понятіе соціальной нормы. Понятіе права входитъ въ объемъ понятія соціальной нормы. Значитъ, право есть соціальная норма, т. е. правило должнаго поведенія людей въ общественной средѣ. Мы можемъ выразить эту мысль еще иначе и сказать, что право имѣетъ нормативный характеръ, исполняетъ нормативную функцію въ обществѣ.

Право предъявляетъ опредѣленныя требованія ко всѣмъ участникамъ общежитія и этимъ путемъ непосредственно руководитъ ихъ дѣятельностью, направляя ее къ единой цѣли, признаваемой въ данномъ общественномъ союзѣ. Оно устанавливаетъ форму брака, опредѣляетъ взаимныя отношенія между членами семьи, обезпечиваетъ обладаніе имуществомъ, регулируетъ соглашенія и договоры, указываетъ порядокъ перехода имущества по наслѣдству. Обязанности отдѣльныхъ лицъ по отношенію къ власти, участіе ихъ въ самомъ властвованіи, а также притязанія на содѣйствіе власти точно также подлежатъ юридической регламентаціи. Словомъ, нормативная функція права не вызываетъ, казалось бы, сомнѣній. Тѣмъ не менѣе, въ наукѣ высказывается мнѣніе, которое не только подвергаетъ сомнѣнію нормативный характеръ права, но и прямо отрицаетъ его. Намъ необходимо остановиться на этомъ мнѣніи и разобраться въ немъ критически.

На первый взглядъ намъ представляется совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ можно отрицать вещь столь очевидную, какъ нормативная функція права. Нужно поэтому предварительно выяснить тотъ путь мышленія, который приводитъ иныхъ представителей науки къ такому отрицанію, столь противорѣчащему нашему повседневному опыту.

Отрицатели исходятъ изъ условій образованія права и въ нихъ находятъ данныя, которыя, по ихъ мнѣнію, лишаютъ все право, или по крайней мѣрѣ, извѣстную его часть, характера нормы обязательнаго поведенія. Право, указываютъ они, является такимъ продуктомъ общественной жизни, который вырабатывается въ условіяхъ организованнаго властвованія. Общественный союзъ, въ которомъ властвованіе организовано, мы называемъ государствомъ. Въ государствѣ мы различаемъ властвующихъ и подвластныхъ. Властвуетъ повсюду болѣе сильное меньшинство надъ болѣе слабымъ большинствомъ. Основываясь на превосходствѣ силы, какъ физической, такъ и интеллектуальной въ особенности, властвующіе подчиняютъ себѣ подвластныхъ, заставляя послѣднихъ работать на себя и вообще извлекая изъ подвластныхъ всевозможныя выгоды. Выгоды властвующихъ составляютъ прямую цѣль общественной организаціи. Въ виду этого властвующіе не знаютъ никакихъ нормъ обязательнаго поведенія и руководятся въ своей дѣятельности исключительно соображеніями фактической цѣлесообразности. Между тѣмъ обычно говорятъ о публичномъ правѣ, какъ о совокупности нормъ, регулирующихъ организацію власти и ея отношеніе къ подвластнымъ. Такое утвержденіе не соотвѣтствуетъ дѣй-

ствительности. Государственная власть основывается на силѣ, и дѣятельность ея представляетъ собою ничѣмъ не стѣсняемое исканіе выгоды властвующихъ. Никакихъ нормъ для нея не существуетъ. Юридическая регламентація существуетъ лишь для взаимныхъ отношеній между подвластными. Ихъ семейныя и имущественныя отношенія регулируются нормами т. н. частнаго права. Устанавливаются эти нормы государственной властью, которая создаетъ ихъ въ собственномъ интересѣ, сознавая, что упорядоченіе взаимоотношеній между подвластными облегчитъ ей эксплоатацію послѣднихъ въ пользу властвующихъ. Частное право обладаетъ нормативнымъ характеромъ, такъ какъ оно проистекаетъ изъ авторитета власти, обязательнаго для подвластныхъ. Такимъ образомъ, оказывается, что нормативная функція свойственна только одной области, — праву частному, а въ публичномъ правѣ ея совершенно не имѣется.

Приведенное воззрѣніе было высказано извѣстнымъ соціологомъ Гумпловичемъ, который приписывалъ властвованію болѣе сильнаго меньшинства надъ болѣе слабымъ большинствомъ значеніе незыблемаго закона общественной жизни. Будучи не только соціологомъ, но и юристомъ, Гумпловичъ понималъ, что нормативный характеръ составляетъ неизбѣжный признакъ всякой соціальной нормы, слѣдовательно, и права. Въ виду этого отрицаніе нормативнаго характера въ публичномъ правѣ приводило его къ непризнанію этой области права правомъ. Если «частное право» мы называемъ правомъ, говоритъ Гумпловичъ, то «публичное право» мы должны назвать какъ нибудь иначе, напр., — государственной нормой (Staatsnorm), или государственнымъ установленіемъ (Staatssatzung). Задача частнаго права заключается въ нормированіи той области, въ которой государственная власть не заинтересована, говоря иначе, въ нормированіи предоставленной государствомъ отдѣльнымъ лицамъ свободы и въ устраненіи могущихъ возникнуть изъ нея столкновеній; поэтому частное право есть извнѣ наложенная, безотносительно обязательная норма, царящая надъ интересами партій, принуждающая волю всѣхъ и въ случаѣ столкновенія сдерживающая свободу лица. Напротивъ того, публичное право не есть норма, стоящая надъ властью, и не имѣетъ цѣлью ограничивать ея проявленіе; оно лишь констатируетъ обычный порядокъ ея проявленія. Публичное право — это просто произвольный, примѣняющійся къ даннымъ отношеніямъ образъ дѣйствій государственной власти, имѣющій въ виду ея собственный интересъ и направленный на удержаніе власти за ея наличными обладателями. Частное право есть слѣдствіе сознательной творческой дѣятельности государственной власти, устанавливающей норму поведенія для подвластныхъ. Публичное право, напротивъ того, творится государственной властью безсознательно; на степень публичнаго права возводится вызванная тѣми или иными обстоятельствами чисто фактическая дѣятельность властвующихъ.

Въ дѣйствительности и частное, и публичное право объемлются всѣми и повсюду въ одномъ общемъ понятіи права. Если настаивать на утвержденіи Гумпловича, что публичное право лишено нормативнаго характера, то для удержанія за нимъ значенія права придется утверждать, что право вообще лишено нормативной функціи. Такъ и сдѣлалъ одинъ изъ прямолинейныхъ послѣдователей Гумпловича, юристъ Шейнъ.

Основаніе для построенія своей болѣе прямолинейной теоріи Шейнъ могъ найти у самого Гумпловича. Дѣло въ томъ, что, хотя Гумпловичъ и противопоставлялъ частное право публичному, тѣмъ не менѣе онъ же указывалъ, что частное право развилось изъ публичнаго путемъ постепеннаго выдѣленія и обособленія. Ухватившись, очевидно, за эту мысль, Шейнъ пришелъ къ выводу, что частное право есть ничто иное, какъ образъ дѣйствій государственной власти въ случаяхъ соприкосновенія ея съ семейными и имущественными отношеніями подвластныхъ. Указанное соприкосновеніе возникаетъ въ случаѣ споровъ между подвластными по поводу ихъ семейныхъ и имущественныхъ отношеній. Государственная власть беретъ на себя разрѣшеніе такихъ споровъ въ судебномъ порядкѣ. Образъ дѣйствій государственной власти при отправленіи этой судебной функціи и создаетъ частное, или т. н. гражданское право. Оно отнюдь не регулируетъ семейной и имущественной жизни подвластныхъ, которые преслѣдуютъ въ этихъ областяхъ свои самостоятельныя цѣли и дѣйствуютъ по мотивамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ гражданскимъ правомъ. Подвластные принимаютъ въ соображеніе постановленія гражданскаго права и учитываютъ ихъ какъ возможное фактическое осложненіе своей дѣятельности, но отъ этого гражданское право не становится нормой должнаго поведенія для подвластныхъ.

Разъяснивъ такимъ образомъ частное право и принимая мнѣніе Гумпловича относительно права публичнаго, Шейнъ объявляетъ все право лишеннымъ нормативнаго характера. Онъ опредѣляетъ право какъ совокупность правилъ дѣятельности государства и поясняетъ свое опредѣленіе такимъ истолкованіемъ понятій «правила» и «государства», при которомъ не можетъ быть рѣчи о какой бы то ни было нормативной функціи права.

Слово «правило» употребляется въ двоякомъ смыслѣ: съ одной стороны, оно обозначаетъ велѣніе, долженствующее служить мѣриломъ для дѣйствующаго; съ другой стороны, оно обозначаетъ способъ, образъ, какимъ обыкновенно дѣйствуютъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, съ устраненіемъ момента долженствованія. Поясняя свое опредѣленіе права, Шейнъ указываетъ, что въ немъ слово «правило» понимается именно въ послѣднемъ смыслѣ, и въ правилахъ государственной дѣятельности не предполагается никакихъ велѣній, обращенныхъ къ государству или къ кому бы то ни было. Право это фактическій образъ дѣятельности государства, дѣловой распорядокъ государственной жизни, вполнѣ аналогичный порядку фабричному или строевому; право не опредѣляетъ, что должно дѣлать, но указываетъ лишь, когда, что, и какъ дѣлается. Право содержитъ лишь тѣ правила, которыя государство установило или которыя оно непроизвольно выразило въ своихъ дѣйствіяхъ. Подъ государствомъ, поясняетъ далѣе Шейнъ, слѣдуетъ понимать не весь общественный союзъ опредѣленной организаціи, но лишь властвующую его часть: правительство, парламентъ, чиновниковъ административныхъ и судебныхъ, войско. Поведеніе этихъ формальныхъ и матеріальныхъ обладателей государственной власти и составляетъ дѣятельность государства. Фактическій распорядокъ этой дѣятельности и есть право.

Изложенное воззрѣніе на право содержитъ въ себѣ два основныхъ положенія: 1) право не нормируетъ дѣятельности подвластныхъ, 2) право

не можетъ быть нормой поведенія государственной власти. Оба эти положенія не выдерживаютъ критики съ точки зрѣнія тѣхъ самыхъ предпосылокъ, изъ которыхъ они исходятъ.

Если дѣятельность государственной власти направлена на извлеченіе выгодъ изъ подвластныхъ въ пользу властвующихъ, то правила этой дѣятельности, понимаемыя даже въ смыслѣ дѣлового, служебнаго распорядка, неизбѣжно станутъ нормой, регулирующей дѣятельность подвластныхъ. Вѣдь властвующіе могутъ извлекать выгоды изъ подвластныхъ не иначе, какъ путемъ требованія съ послѣднихъ опредѣленныхъ услугъ въ свою пользу, и дѣятельность государственной власти сводится при этомъ къ установленію рода и размѣра этихъ услугъ и наблюденія за ихъ исполненіемъ. Образъ дѣятельности государственной власти и будетъ той нормой, которая будетъ опредѣлять требуемое, или должное поведеніе подвластныхъ по отношенію къ властвующимъ.

Государственная власть организуется неизбѣжно на началахъ іерархическаго подчиненія. Высшіе ея представители, или обладатели т. н. верховной власти, устанавливаютъ правила государственной дѣятельности, которыя осуществляются цѣлымъ рядомъ подчиненныхъ органовъ власти. Для послѣднихъ правила государственной дѣятельности, т. е. право, будутъ нормами должнаго ихъ поведенія. При отсутствіи такихъ нормъ дѣятельность властвующихъ была бы лишена всякой координаціи, взаимно бы себя парализовала и подорвала бы положеніе власти. Слѣдовательно, внутри государственной организаціи нормативная функція права оказывается несомнѣнной и неизбѣжной. Остается такимъ образомъ открытымъ только вопросъ о томъ, является ли право нормой поведенія для носителей верховной власти. Если даже рѣшить этотъ вопросъ отрицательно въ духѣ Гумпловича и Шейна, то все же этимъ не устраняется нормативная функція права въ предѣлахъ подчиненной организаціи властвованія и среди подвластныхъ.

Такимъ образомъ категорическое отрицаніе нормативнаго характера права оказывается несостоятельнымъ съ точки зрѣнія тѣхъ самыхъ предпосылокъ, изъ которыхъ оно исходитъ. Если же мы обратимъ критику и на исходныя предпосылки, то несостоятельность ученія обнаружится еще съ большею силою.

Исходной предпосылкой служитъ въ разбираемомъ нами ученіи рѣзкое противоположеніе властвующихъ и подвластныхъ и ограниченіе цѣли государственной организаціи обезпеченіемъ выгодъ однихъ лишь властвующихъ. На самомъ дѣлѣ ни первое, ни второе изъ предпосланныхъ положеній не имѣетъ безусловнаго значенія. И въ начальныхъ стадіяхъ государственной жизни, облеченной въ форму древняго народоправства, и на высокихъ ступеняхъ ея развитія, въ видѣ современнаго обобществленія власти съ допущеніемъ къ участію въ ней представителей широкихъ народныхъ массъ, властвованіе и подчиненіе власти не прикрѣплены къ неподвижнымъ группамъ меньшинства и большинства, но представляютъ собою состоянія чередующіяся, отражая въ себѣ не исключительное преобладаніе одной силы; но равновѣсіе различныхъ общественныхъ силъ. При этихъ условіяхъ государственная власть не можетъ ограничивать своей дѣятельности обезпеченіемъ выгодъ властвующихъ. Она поневолѣ

вынуждена учитывать и интересы подвластныхъ, по крайней мѣрѣ, настолько, чтобы путемъ предоставленія подвластнымъ сколько нибудь сноснаго существованія удерживать ихъ въ повиновеніи. Въ основѣ государственной жизни лежитъ такимъ образомъ нѣкоторый неизбѣжный компромиссъ. Изъ неизбѣжности компромисса вытекаетъ неизбѣжность того или иного вида самоограниченія государственной власти и, слѣдовательно, возможность нормативнаго дѣйствія права и по отношенію къ государственной власти.

Нормативная функція права стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія: право всегда и повсюду устанавливаетъ должное поведеніе людей въ общественной средѣ. Необходимо при этомъ помнить, что элементъ должнаго понимается здѣсь не въ абсолютномъ смыслѣ, а въ относительномъ, т. е. не какъ требованіе соотвѣтствія неподвижному идеалу, составляющему непреходящую цѣль общежитія, а какъ требованіе соотвѣтствія преходящимъ цѣлямъ различныхъ общественныхъ союзовъ, которые и создаютъ право для обезпеченія вырабатываемыхъ ими условій общежитія.

Метафизическое воззрѣніе на право видѣло въ немъ постепенное раскрытіе въ исторіи прирожденной человѣку и неизмѣнной по содержанію идеи справедливости. Позитивное воззрѣніе не можетъ принять такого утвержденія, такъ какъ оно апріорно, т. е. выставлено и принято до опыта и не имѣетъ за собою никакого основанія кромѣ субъективной вѣры въ него. Историческое изученіе свидѣтельствуетъ, что содержаніе идеи справедливости измѣнчиво. Поэтому, когда мы говоримъ о нормативномъ характерѣ права, то разумѣемъ подъ этимъ формальный его признакъ и не соединяемъ нормативной функціи права съ опредѣленнымъ содержаніемъ нормы, но признаемъ историческую его измѣнчивость въ зависимости отъ условій общественной среды.

Если мы глубже вникнемъ въ смыслъ ученій Гумпловича и Шейна, то увидимъ, что ученія эти были направлены противъ метафизическаго представленія о нормативномъ характерѣ права. Чуждые метафизики, указанные авторы путемъ историческаго наблюденія выясняли процессъ эмпирическаго происхожденія и развитія права подъ вліяніемъ условій общественной среды и организаціи властованія. Если въ конечныхъ ихъ выводахъ имѣется нѣкоторая односторонность, то все же основное ихъ положеніе является несомнѣнно правильнымъ съ научной точки зрѣнія. Но въ своей реакціи противъ метафизики указанные авторы зашли черезчуръ далеко. Они не удовлетворились исключеніемъ изъ понятія права элементовъ метафизической нормы и устранили изъ него за одно и ту положительную нормативную функцію, которую отправляетъ право въ человѣческомъ общежитіи. Въ этомъ проявилась слабая сторона и односторонность названныхъ ученій, которыя поэтому и должны быть отвергнуты научной критикой.

Чуждые метафизическаго представленія объ юридической нормѣ, мы различаемъ въ составѣ понятія права два элемента: 1) отраженіе въ его содержаніи исторически измѣнчиваго соотношенія общественныхъ силъ и опредѣляемыхъ имъ общественныхъ цѣлей и путей ихъ достиженія, 2) неизмѣнное съ формальной стороны нормативное дѣйствіе права на индивидовъ, участниковъ объединеннаго даннымъ правомъ общежитія. Норма-

тивный характеръ права въ этомъ смыслѣ не можетъ подлежать никакому сомнѣнію.

Тѣмъ не менѣе, въ новѣйшей литературѣ вопроса вновь раздаются голоса, отрицающіе нормативный характеръ права. Ученіе Шейна воспроизводитъ въ наши дни Биндеръ, увѣряющій, что единственнымъ адресатомъ правоположеній являются государственныя учрежденія, для которыхъ правоположенія имѣютъ значеніе инструкцій при рѣшеніи споровъ между гражданами. Что же касается самихъ гражданъ, то право ни къ чему ихъ не обязываетъ, по мнѣнію Биндера (Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts). Одинъ изъ философскихъ критиковъ ученія Биндера (Л. Нельсонъ) характеризуетъ это мнѣніе какъ юридическій нигилизмъ. Приведенное утвержденіе Биндера настолько противорѣчитъ дѣйствительности, что Биндеръ вынужденъ искать примиренія своей теоріи съ послѣдней и находитъ его въ указаніи на то, что подчиняться существующему правопорядку побуждаетъ насъ нравственное сознаніе. Нормы, опредѣляющія наше отношеніе къ правопорядку, относятся не къ праву, говоритъ Биндеръ, а къ области нравственности.

Если развить послѣдовательно мысль Биндера, то придется признать, что имѣются двоякаго рода нравственныя нормы: 1) однѣ, которыя побуждаютъ насъ къ исполненію моральныхъ требованій, и 2) другія, которыя побуждаютъ насъ къ исполненію требованій правопорядка. Наличность нравственныхъ нормъ второго рода возстанавливаетъ нормативный характеръ права, ранѣе отрицавшійся, но только дѣлается это окольнымъ путемъ, на которомъ безъ надобности нагромождаются во имя мнимаго реализма никому не нужныя distinctiones.

§ 6. ДВУСТОРОННІЙ ХАРАКТЕРЪ ЮРИДИЧЕСКОЙ НОРМЫ

Л. І. Петражицкій, Теорія права, томъ I; М. Рейснеръ, Теорія Л. І. Петражицкаго, марксизмъ и соціальная идеомія, 1908 г.; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, очеркъ V: Реальность объективнаго права; Е. В. Спекторскій, Философія и юриспруденція, Юридич. Вѣстникъ, 1913, кн. II; М. П. Чубинскій, Мотивъ преступной дѣятельности и его значеніе въ уголовномъ правѣ, 1900 г.; E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I Bd.; G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2-te Aufl. S. 9—34.

Соціальныя нормы регулируютъ поведеніе людей въ обществѣ. Осуществляютъ онѣ эту свою функцію благодаря тому, что требованія или велѣнія нормы связываютъ человѣческую волю и такимъ образомъ опредѣляютъ ее къ извѣстному образу дѣйствія. Такъ какъ въ составѣ соціальныхъ нормъ различаются два ихъ основныхъ вида, — нравственность и право, то естественно возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ связываемъ мы нашу волю нравственностью и какимъ образомъ правомъ, каковъ, слѣдовательно, специфическій признакъ права въ порядкѣ нормативнаго воздѣйствія его на волю индивида.

На этотъ вопросъ имѣются въ наукѣ два основныхъ отвѣта: одинъ формулированъ былъ еще въ XVIII вѣкѣ знаменитымъ философомъ Кан-

томъ, другой данъ въ наши дни однимъ изъ наиболѣе выдающихся теоретиковъ права Л. І. Петражицкимъ.

Своеобразное нормативное воздѣйствіе права на волю индивида выясняется Кантомъ путемъ анализа внутренняго процесса волевого дѣйствія и степени проникновенія его требованіемъ соотвѣтствія нормѣ.

Во внутреннемъ процессѣ волевого дѣйствія, опредѣляемаго закономъ, различаются три основныхъ момента: побужденіе къ дѣйствію, или мотивъ, правило, наконецъ, поступокъ. Вообще нормативное дѣйствіе этическаго закона на нашъ волевой процессъ выражается въ томъ, что наши поступки соотвѣтствуютъ требованіямъ этическаго закона и исполняютъ его велѣнія. Такимъ образомъ во всѣхъ случаяхъ нормированія нашей воли этическимъ закономъ послѣдній опредѣляетъ собою два момента волевого дѣйствія: правило и поступокъ. Что же касается побужденія, или мотива, то онъ не всегда опредѣляется этическимъ закономъ. Здѣсь имѣется двоякая возможность: къ поступку, требуемому закономъ, насъ можетъ побуждать либо другой мотивъ, напр. тщеславіе, чувствительность, соображенія пользы и выгоды. Этой двоякой возможности нормированія волевого дѣйствія соотвѣтствуютъ два порядка этическихъ нормъ: однѣ изъ нихъ требуютъ проникновенія ихъ велѣніями всѣхъ трехъ моментовъ волевого процесса, другія довольствуются соотвѣтствіемъ ихъ велѣнію только правила и поступка, относясь безразлично къ побужденію, или мотиву. Нормы перваго рода составляютъ нравственность, нормы второго рода — право.

Нравственной, или доброй будетъ только та воля, для поступковъ которой нравственный законъ составляетъ не только правило, но и побужденіе. Нравственная, или добрая воля не только исполняетъ нравственный законъ, но и стремится исключительно къ его соблюденію. Если воля принимаетъ нравственный законъ за правило своей дѣятельности и исполняетъ его въ поступкѣ, но исходитъ при этомъ изъ иныхъ побужденій, а не изъ чистаго стремленія къ соблюденію закона, то она совершаетъ дѣяніе только закономѣрное, а не моральное; воля въ этомъ случаѣ не нравственна, не добра, а только легальна.

Нравственность требуетъ воли моральной, доброй и налагаетъ руку на самое побужденіе къ дѣйствію. Право довольствуется волей легальной и потому относится къ побужденію, или мотиву безразлично. Нравственная обязанность заключается не только въ томъ, чтобы совершить дѣяніе, требуемое закономъ, но и въ томъ, чтобы совершить его ради самаго закона. Юридическая обязанность, напротивъ того, исчерпывается совершеніемъ дѣянія, требуемаго закономъ, и не простирается на внутреннее душевное настроеніе, побудившее насъ къ совершенію дѣянія. Говоря иначе, нравственность нормируетъ и внѣшніе поступки, и внутреннее настроеніе человѣка, право только внѣшніе поступки.

Выдвинутое Кантомъ своеобразное нормативное дѣйствіе права соотвѣтствуетъ весьма многимъ фактамъ правовой жизни и потому легко можетъ быть принято за специфическій признакъ права. Въ самомъ дѣлѣ, въ области регламентаціи имущественныхъ отношеній, которой отведено въ правѣ столь видное и обширное мѣсто, побужденіе къ дѣйствію совершенно не учитывается правомъ. Уплачиваю ли я занятую сумму изъ чистаго стремленія къ соблюденію справедливаго требованія закона, или изъ

опасенія потерять кредитъ, или же только, чтобы избѣжать принудительной продажи моего имущества, — во всѣхъ этихъ и имъ подобныхъ случаяхъ юридическая обязанность признается одинаково исполненной. Само собою разумѣется, что съ нравственной точки зрѣнія исполненіе обязанности изъ опасенія какихъ либо невыгодныхъ послѣдствій или въ разсчетѣ на извлеченіе какой либо выгоды не будетъ имѣть никакой цѣны. Соотвѣтственные примѣры могутъ быть приведены въ значительномъ количествѣ. Можно сказать, что въ весьма многихъ, даже, пожалуй, въ большинствѣ случаевъ право стоитъ на точкѣ зрѣнія безразличія мотива. Тѣмъ не менѣе есть случаи, когда право входитъ въ оцѣнку мотива, и потому безразличіе мотива не можетъ быть признано для нормативнаго дѣйствія права безусловнымъ.

При установленіи цѣлаго ряда обязанностей, главнымъ образомъ личнаго, а не имущественнаго характера, право регламентируетъ не только внѣшніе поступки, но до извѣстной степени и внутреннее настроеніе лица. Такъ, напр., возлагая на опекуна обязанность управлять имуществомъ опекаемаго, законъ требуетъ, чтобы опекунъ проявлялъ при этомъ рачительность хорошаго домохозяина (diligentia boni patrisfamilias); при исполненіи договоровъ право требуетъ добросовѣстности (bona fides); служебный долгъ чиновниковъ и обязанности подданныхъ по отношенію къ государству не исчерпываются одной лишь внѣшней легальностью, но содержатъ въ себѣ требованіе безпристрастія, вѣрности, добросовѣстности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ право требуетъ для исполненія налагаемыхъ имъ обязанностей не только внѣшнихъ дѣйствій, но и опредѣленнаго настроенія лица.

Если отъ исполненія юридической обязанности мы перейдемъ къ случаямъ ея неисполненія, то увидимъ, что здѣсь мотивъ учитывается правомъ въ весьма значительной степени. Достаточно заглянуть въ любой уголовный кодексъ, чтобы убѣдиться въ томъ, что при опредѣленіи преступнаго дѣянія и назначеніи за него наказанія принимаются въ соображеніе не только его внѣшнія вредоносныя послѣдствія, но и мотивы, руководившіе преступнымъ дѣятелемъ. Уголовное право, принимая въ соображеніе мотивъ, учитываетъ этимъ путемъ напряженіе злостной воли преступника и степень противообщественности (антисоціальности) его общаго душевнаго настроенія. Настаивая на безусловномъ безразличіи мотива въ правѣ, Кантъ не могъ обнять въ своей теоріи указанныхъ особенностей уголовнаго права. Онъ пожертвовалъ дѣйствительностью ради логической стройности своей доктрины и создалъ въ духѣ послѣдней механическую схему примѣненія наказанія, подъ которую не можетъ быть подведена ни одна система уголовнаго права, такъ какъ нигдѣ и никогда наказаніе не слѣдуетъ механически за преступнымъ дѣяніемъ, учитываемымъ съ одной лишь внѣшней стороны.

Изъ сказаннаго видно, что безразличіе мотива въ правѣ имѣетъ не безусловное, но относительное значеніе. Въ однихъ случаяхъ право не принимаетъ въ соображеніе мотива, въ другихъ, напротивъ того, учитываетъ его. Сравнительно съ нравственностью, придающей мотиву безусловное значеніе, право занимаетъ по данному вопросу положеніе, такъ сказать, половинчатое. Получается впечатлѣніе какъ бы нѣкоторой непослѣдовательности права съ принципіальной точки зрѣнія. Несомнѣнно

непослѣдовательность здѣсь имѣется, но вызывается она не логическими или моральными недостаками права, а его спеціальнымъ предназначеніемъ служить практическимъ потребностямъ текущей общественной жизни, не терпящей застоя. При исключительномъ господствѣ одной лишь моральной точки зрѣнія въ обществѣ пришлось бы отвергать всѣ тѣ услуги, которыя являются слѣдствіемъ одного лишь внѣшняго исполненія обязанностей, не сопровождаемаго соотвѣтственнымъ внутреннимъ моральнымъ настроеніемъ. Общество могло бы очутиться въ состояніи «недѣланія», понятномъ съ точки зрѣнія нравственнаго совершенствованія отдѣльныхъ лицъ, но совершенно недопустимомъ въ жизни общества, какъ цѣлаго. Интересы послѣдняго требуютъ созданія наряду съ моралью еще другого порядка регламентаціи человѣческихъ поступковъ, при которомъ поддерживалась бы всѣми мѣрами необходимая для общества дѣятельность индивидовъ. Такой именно порядокъ устанавливается правомъ, которое по практическимъ соображеніямъ допускаетъ безразличіе мотива, но не безусловно, а относительно, въ соотвѣтствіи съ характеромъ и практической важностью различныхъ отношеній между людьми.

Эта узко-практическая, обыденно-житейская, если такъ можно выразиться, функція права наводитъ на мысль, что своеобразія нормативнаго дѣйствія права слѣдуетъ искать въ организаціи нѣкотораго внѣшняго стимула, побуждающаго волю къ исполненію обязанности. Такая специфическая особенность права раскрывается въ ученіи Л. І. Петражицкаго о двустороннемъ характерѣ юридической нормы.

Воздѣйствіе соціальной нормы на волю индивида относится къ разряду явленій психическихъ. Поэтому изученіе свойствъ этого воздѣйствія должно вестись путемъ психическаго анализа сознанія лица, опредѣляющаго себя къ дѣйствію въ соотвѣтствіи съ требованіемъ нормы. На этотъ именно путь сталъ Л. І. Петражицкій съ цѣлью выяснить специфическую особенность нормативнаго дѣйствія права.

Предметомъ психологическаго анализа въ ученіи Петражицкаго является этическое сознаніе индивида, т. е. индивидуальное сознаніе связанности нашей воли нормою должнаго. Анализируя это наше сознаніе, мы замѣчаемъ, что оно проявляется у насъ въ двоякой формѣ: въ видѣ односторонней связанности нашей воли сознаніемъ извѣстной обязанности и въ видѣ двусторонней связанности нашей воли не только сознаніемъ собственной обязанности, но и нашимъ же признаніемъ за другимъ лицомъ притязанія на ея исполненіе. Для того, чтобы указанные два вида воздѣйствія нормы на волю индивида предстали предъ нами съ полной отчетливостью, поясникъ сказанное выше примѣромъ.

Представимъ себѣ два слѣдующихъ случая: 1) мы видимъ, что извѣстное лицо находится въ бѣдственномъ положеніи и крайне нуждается въ деньгахъ; мы признаемъ нравственный долгъ помогать ближнему и потому считаемъ себя обязанными дать этому лицу, положимъ, 25 рублей; 2) мы договорились съ книгопродавцемъ, что онъ доставитъ намъ извѣстныя книги, и за это получитъ 25 рублей; книги намъ доставлены, и мы считаемъ себя обязанными уплатить книгопродавцу 25 рублей.

Въ первомъ случаѣ мы сознаемъ, что помогать бѣднымъ это наша обязанность, но въ то же время у насъ есть сознаніе, что данное конкретное

лицо, находящееся въ бѣдственномъ положеніи, не можетъ притязать на нашу помощь. Ему мы ничего не «должны», ему съ насъ ничего не «слѣдуетъ», не «причитается»; если оно получитъ отъ насъ 25 рублей, то это дѣло нашей доброй воли. Мы чувствуемъ себя вообще связанными обязанностью благотворить, но по отношенію къ данному бѣдняку мы признаемъ себя свободными, не связанными и ожидаемъ отъ него признанія нашей свободы дать или не дать ему 25 рублей. Если онъ заявитъ намъ свое притязаніе на выдачу ему этой суммы, мы сочтемъ его поведеніе неумѣстнымъ и можемъ не дать ему ничего. Мы можемъ встрѣтить человѣка болѣе нуждающагося и ему отдать деньги, предназначавшіяся для оказанія помощи первому. Изъ двухъ бѣдняковъ ни одинъ не имѣетъ ни притязанія вообще, ни преимущественнаго предъ другимъ притязанія на нашу помощь. Это сознаніе имѣется и у человѣка, нуждающагося въ денежной помощи отъ другого: онъ не требуетъ вспомоществованія, но проситъ о немъ. Въ исполненіи нашей обязанности помогать бѣднымъ деньгами мы можемъ различать двѣ стороны: 1) отрицательную, — изъятіе изъ нашего имущества нѣкоторой денежной суммы, напр., 25 рублей, и 2) положительную — прибавленіе къ средствамъ нуждающагося этихъ же 25 рублей. Мы не сознаемъ, чтобы положительная сторона нашей обязанности была какимъ нибудь образомъ закрѣплена за бѣднякомъ до добровольной передачи ему нами 25 рублей.

Совершенно иного рода психическое переживаніе испытываемъ во второмъ изъ приведенныхъ выше для примѣра случаевъ. Книгопродавецъ доставилъ намъ книги, и мы должны уплатить ему 25 рублей, — эти 25 рублей ему съ насъ слѣдуютъ, причитаются. Поэтому мы считаемъ вполнѣ правильнымъ, когда онъ требуетъ съ насъ эти 25 рублей. И если бы на его требованіе, мы отвѣтили, что уплатить или не платить ему этихъ 25 рублей — дѣло нашей доброй воли, то мы сами не могли бы не признать такого заявленія неумѣстнымъ. Уплачивая книгопродавцу 25 рублей, мы не станемъ думать, что по нашей доброй волѣ мы увеличиваемъ его средства, но сознаемъ, что мы предоставляемъ ему только то, что уже раньше, какъ только онъ намъ доставилъ книги, составляло какъ бы часть его имущества. Уплачивая причитающуюся за доставку книгъ денежную сумму, мы не вспомоществуемъ книгопродавца, но только не наносимъ ущерба его имуществу и воздаемъ ему слѣдуемое по договору. Если въ данномъ случаѣ мы станемъ различать отрицательную и положительную стороны, минусъ и плюсъ въ исполненіи нашей обязанности, то замѣтимъ, что положительная сторона закрѣплена за книгопродавцемъ въ нашемъ и его сознаніи. Съ момента доставленія намъ книгъ за имуществомъ книгопродавца закрѣпленъ уже извѣстный плюсъ. Поэтому онъ не проситъ насъ о подачкѣ, но требуетъ уплаты ему причитающагося.

Въ первомъ изъ приведенныхъ случаевъ имѣется обязанность, которая односторонне связываетъ волю, но не сопровождается признаніемъ за адресатомъ исполняемой обязанности притязанія на ея исполненіе. Во второмъ случаѣ имѣется не только односторонняя обязанность, но и двусторонняя связь, въ которой обязанности одной стороны соотвѣтствуетъ признаваемое за другой стороной притязаніе.

Приведенные нами случаи представляютъ собою не единичные, но типичные примѣры. Всѣ обязанности, которыя мы осуществляемъ въ нашихъ поступкахъ, исчерпываются двумя приведенными категоріями. Обязанности перваго рода суть нравственныя обязанности, обязанности второго рода — юридическія, или правовыя.

Въ двоякаго рода связанности индивидуальной воли проявляется различное воздѣйствіе на волю двухъ видовъ соціальной нормы: нравственности и права. Нравственность устанавливаетъ лишь одностороннюю обязанность дѣйствующаго лица. Право сверхъ установленія обязанности дѣйствующаго лица воздаетъ еще другому, приписываетъ ему какъ должное то, чего требуетъ отъ перваго лица какъ исполненія обязанности.

Сущность нормъ нравственности заключается въ одномъ велѣніи (imperare); нормы нравственности — это исключительно повелительныя, или императивныя нормы. Сущность юридическихъ нормъ не исчерпывается велѣніемъ; къ велѣнію присоединяется еще воздаяніе (attribuere). Право представляетъ собою совокупность нормъ императивно-аттрибутивныхъ. Еще древне-римское изреченіе гласило, что право предписываетъ намъ: жить честно, никому не причинять ущерба и воздавать каждому свое (Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, — слова Ульпіана). Въ послѣднемъ предписаніи права выражена его функція воздаянія и подчеркнутъ императивно-аттрибутивный характеръ юридической нормы.

Выясненіе двусторонняго, императивно-аттрибутивнаго характера нормативнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю составляетъ, какъ мы уже отмѣтили, крупную научную заслугу Л. І. Петражицкаго. Добыто это цѣнное положеніе путемъ психологическаго анализа тѣхъ переживаній, которыя испытываетъ наше сознаніе при опредѣленіи нашей воли къ дѣйствію согласно требованіямъ юридической нормы. Примѣненіе психологическаго анализа было въ данномъ случаѣ не только вполнѣ умѣстнымъ, но и единственно возможнымъ пріемомъ изслѣдованія. Воздѣйствіе юридической нормы на волю представляетъ собою психическое переживаніе, слѣдовательно, подлежитъ изученію въ области психологическаго наблюденія. Анализу подвергнуты были психологическія переживанія индивида, такъ какъ индивидъ является исполнителемъ велѣній юридической нормы. Такимъ образомъ психологическій анализъ индивидуальнаго этическаго сознанія оказался пригоднымъ и плодотворнымъ для выясненія своеобразнаго характера нормативнаго воздѣйствія права на волю индивида. Вопросъ объ этомъ воздѣйствіи не исчерпываетъ, однако, всѣхъ сторонъ изученія права. Право воздѣйствуетъ на индивидуальную волю, отражается въ индивидуальномъ сознаніи, но не порождается имъ. Въ качествѣ соціальной нормы право порождается общественной средой, опредѣляетъ жизнь людей въ обществѣ и имѣетъ цѣлью поддержаніе и развитіе общественной жизни. Отсюда слѣдуетъ, что анализъ индивидуальнаго правосознанія не можетъ быть достаточнымъ пріемомъ изслѣдованія для всесторонняго изученія права. Иначе думаетъ однако Л. І. Петражицкій: онъ полагаетъ, что психологическій анализъ индивидуальнаго правосознанія является единственно возможнымъ пріемомъ изслѣдованія въ общей теоріи права, такъ какъ право, по его мнѣнію, есть явленіе исключительно психологическое. Съ

такой постановкой вопроса объ изученіи права нельзя согласиться. Пригодность и плодотворность пріема изслѣдованія для изученія одной стороны вопроса отнюдь не доказываетъ пригодности его для всесторонняго изученія того же явленія. Монизмъ точки зрѣнія и пріемовъ изслѣдованія ведетъ къ односторонности въ общемъ пониманіи изслѣдуемаго явленія. Такого рода односторонности не избѣгло и ученіе Л. І. Петражицкаго.

Л. І. Петражицкій считаетъ право исключительно психологическимъ явленіемъ. Кругъ психологическихъ явленій онъ ограничиваетъ исключительно психическими переживаніями обособленнаго индивида. Поэтому право онъ признаетъ не психологическимъ явленіемъ вообще, подъ которое могли бы быть подведены и продукты коллективнаго психическаго творчества, но исключительно явленіемъ индивидуальной психики. Такая односторонняя точка зрѣнія приводитъ ученіе Л. І. Петражицкаго къ отрицанію объективной реальности права и къ игнорированію соціальнаго элемента въ правѣ. Наличность такихъ выводовъ, явно непріемлемыхъ для научнаго правовѣдѣнія, свидѣтельствуетъ о необходимости критическаго пересмотра предпосылокъ, изъ которыхъ они получены. Займемся такимъ пересмотромъ (пользуясь цѣннымъ этюдомъ Б. А. Кистяковскаго о реальности объективнаго права) и постараемся восполнить ученіе объ императивно-аттрибутивномъ характерѣ юридической нормы въ тѣхъ частяхъ, гдѣ оно впадаетъ въ односторонность.

Реальнымъ является для Л. І. Петражицкаго только индивидуальное правосознаніе, т. е. субъективное переживаніе индивидомъ сознанія двусторонней, императивно-аттрибутивной связанности воли. Все остальное въ жизни права реально не существуетъ и является лишь проекціей вовнѣ нашихъ субъективныхъ психическихъ переживаній, оказывается нашимъ фантазмомъ, какъ выражается Л. І. Петражицкій. Проекціей и фантазмомъ оказываются не только юридическія нормы, но и другое лицо, въ отношеніи котораго мы чувствуемъ себя обязанными и за которымъ признаемъ притязаніе на исполненіе нашей обязанности. Право существуетъ только какъ наше субъективное психическое переживаніе; внѣ насъ, объективно право не существуетъ. Съ этимъ выводомъ нѣтъ возможности согласиться. Юридическія нормы существуютъ объективно независимо отъ субъективнаго переживанія. Показателемъ объективной реальности юридическихъ нормъ являются поступки людей, въ которыхъ осуществляются велѣнія нормы, и координація этихъ поступковъ, на которой зиждется человѣческое общество. Не проекціей, не фантазмомъ, а объективной реальностью является то лицо, за которымъ обязанный юридическою нормою признаетъ притязаніе на исполненіе своей обязанности, И самое притязаніе не только сознается обязаннымъ и адресатомъ его обязанности, но и проявляется реально въ дѣйствіяхъ. Отрицаніе объективной реальности права представляетъ собою лишь новое примѣнительно къ юриспруденціи проявленіе стараго и давно извѣстнаго психологическаго субъективизма, отвергаемаго философіей въ силу его безплодности для теоріи познанія. Точку зрѣнія психологическаго субъективизма можно примѣнять съ одинаковымъ успѣхомъ ко всѣмъ областямъ нашей духовной дѣятельности и даже къ внѣшнему міру. Можно сказать, что реально не существуетъ ни права, ни нравственности, ни науки, ни искусства, ни религіи, ни внѣшняго міра, и

смотрѣть на всѣ эти объекты какъ на проекціи и фантазмы нашихъ субъективныхъ переживаній. Но тогда придется спросить, откуда берутся всѣ наши субъективныя переживанія. Иного отвѣта тутъ не можетъ быть кромѣ того, что наши субъективныя психическія переживанія вызываются явленіями, существующими внѣ насъ, имѣющими объективную реальность.

Отрицаніе объективной реальности права послѣдовательно влечетъ за собою игнорированіе соціальнаго элемента въ правѣ. Если реально только субъективное правосознаніе, то для наличности правового явленія оказывается достаточнымъ переживаніе двусторонней, императивно-аттрибутивной связанности воли индивидомъ одинокимъ и изолированнымъ. Другой индивидъ, за которымъ нашъ индивидъ признаетъ притязаніе на исполненіе своей обязанности, есть лишь проекція его психическаго переживанія, фантазмъ. Онъ, слѣдовательно, можетъ быть на лицо, можетъ и не быть; все равно, правовое явленіе уже имѣется. Такой выводъ является абсолютно непріемлемымъ. Двусторонняя связанность воли обязаннаго потому только и возможна, что объективно существуютъ двѣ стороны извѣстнаго отношенія. Внѣ общенія съ другими людьми у человѣка не могло бы сложиться сознаніе двусторонней связанности воли. Правосознаніе и право возможны только въ соціальной средѣ. Переставивъ части извѣстнаго римскаго изреченія, мы можемъ сказать: ibi ius, ubi societas, — право существуетъ только тамъ, гдѣ есть общество. Опредѣленіе двусторонняго характера нормативнаго дѣйствія права извлечено изъ психическаго переживанія не изолированнаго индивида, но индивида, участвующаго въ общежитіи. Адресатъ обязанности — это не проекція психическаго переживанія правообязаннаго, а реальное явленіе соціальной среды, составляющей необходимую фактическую предпосылку индивидуальнаго правосознанія.

Право не только переживается въ сознаніи индивида, но и объективно дѣйствуетъ въ соціальной средѣ. Объективное дѣйствіе права отражается юридической нормой. На одной сторонѣ переживается сознаніе своей обязанности и чужого притязанія, на другой — сознаніе своего притязанія и чужой обязанности. Исполненіе велѣнія юридической нормы наступаетъ только при полномъ соотвѣтствіи указанныхъ психическихъ переживаній на обѣихъ сторонахъ и при установленіи единства нормативнаго критерія. Такъ какъ въ положеніи такихъ взаимно связанныхъ субъектовъ юридическаго отношенія можетъ очутиться любая пара участниковъ общежитія, то значитъ, соотвѣтствіе психическихъ переживаній должно существовать одновременно въ психикѣ обоихъ участниковъ отношенія, регулируемаго во всемъ обществѣ. Отсюда слѣдуетъ, что правовыя явленія содержатъ въ себѣ не только индивидуально-психологическій, но коллективно-психологическій элементъ. Если для выясненія своеобразнаго нормативнаго воздѣйствія права на волю индивида достаточно индивидуальной психологіи, то для объясненія объективнаго дѣйствія права необходимо обращаться къ соціальной психологіи.

Психологическій моментъ, понимаемый какъ индивидуалистически, такъ и коллективистически, еще не исчерпываетъ всего состава права. Психологическое изученіе можетъ дать отвѣтъ только на вопросъ о томъ,

какъ право дѣйствуетъ. Остаются еще существенно важные вопросы о цѣли юридической регламентаціи и объ опредѣляемомъ цѣлью содержаніи правовыхъ нормъ. Для рѣшенія этихъ вопросовъ требуется изученіе права въ связи со всей совокупностью общественной жизни, т. е. изученіе соціологическое.

Психологическое и соціологическое изученіе права не исключаютъ другъ друга, но, напротивъ того, взаимно восполняютъ. Добытое путемъ психологическаго анализа выясненіе своеобразнаго нормативнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю получитъ для насъ полный и болѣе глубокій смыслъ, если мы установимъ связь его съ фактами общественной жизни. Въ самомъ дѣлѣ, если оставаться въ предѣлахъ психологіи, то придется лишь констатировать, что императивно-аттрибутивный характеръ права является отраженіемъ присущей нашей психикѣ какой то особенной способности къ переживанію двусторонней связанности нашей воли. Какой смыслъ имѣетъ эта способность и каково значеніе ея въ жизни людей, все это не понятно и не поддается психологическому объясненію. Стоитъ, однако, обратиться къ объективнымъ условіямъ общественной жизни, и требуемое объясненіе получится весьма легко.

Какъ бы ни опредѣлять общественную жизнь, нельзя не признать, что существеннымъ признакомъ ея является сотрудничество, понимаемое въ самомъ широкомъ смыслѣ, и выражающееся въ солидарности дѣйствій индивидовъ и взаимномъ обмѣнѣ услугъ между ними. Оказываніе этихъ услугъ можетъ быть предоставлено доброй волѣ каждаго изъ участниковъ общенія, или не можетъ быть требуемо въ качествѣ должнаго воздаянія однихъ другимъ. Этимъ двумъ возможнымъ путямъ установленія солидарности дѣйствій соотвѣтствуютъ два извѣстныхъ намъ вида соціальныхъ нормъ, — императивныхъ и императивно-аттрибутивныхъ. Такимъ образомъ два вида связанности воли вызываются въ нашей психикѣ двумя возможными формами общественной дѣятельности личности.

Въ приведенномъ выше психологическомъ выясненіи своеобразнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю все вниманіе было сосредоточено на психическомъ переживаніи лица обязаннаго. Въ виду двусторонняго характера юридической нормы, устанавливающей не только обязанности, но и притязанія, необходимо обратить вниманіе и на психическое переживаніе лица, надѣляемаго притязаніемъ.

Притязаніе составляетъ исключительную принадлежность права; его нѣтъ въ нравственности; для права же оно настолько характерно, что по справедливости выдвигается въ ученіи о правѣ на первый планъ и въ большинствѣ существующихъ языковъ обозначается тѣмъ же словомъ, что и норма его устанавливающая. Притязаніе лица на исполненіе другимъ обязанности мы называемъ также правомъ этого лица на извѣстное дѣйствіе со стороны обязаннаго.

Спрашивается, какое значеніе имѣетъ притязаніе, или право лица съ точки зрѣнія соціальной нормировки дѣятельности индивидовъ. Значеніе это двоякое: съ одной стороны, установленіе притязаній или правъ даетъ лицу дозволеніе на предъявленіе извѣстныхъ требованій къ другимъ лицамъ, какъ бы расширяетъ предѣлы его волеизъявленія; съ другой стороны,

оно же связываетъ волю, такъ какъ ставитъ требованіе въ извѣстные предѣлы и такимъ образомъ устраняетъ всѣ тѣ притязанія къ другимъ, которыя могла бы предъявить воля, слѣдуя эгоистическимъ инстинктамъ, и не будучи дисциплинированной.

§ 7. ВНѢШНІЙ АВТОРИТЕТЪ ВЪ ПРАВѢ

Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. I, § 10; II, §§ 35—36; Н. И. Палієнко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г., § 23; A. Nicol-Speyer, Systematische Theorie des heutigen Rechts, 1. Abteilung. Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911, S. 75—123; Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, 1908, V Abschnitt, VI Kapitel.

Основаніемъ обязательности этической нормы можетъ быть или собственное сознаніе дѣйствующаго согласно ея предписанію, или внѣшнее установленіе. Въ первомъ случаѣ норма поведенія выступаетъ какъ велѣніе собственной воли лица, какъ законъ, имъ же самимъ для себя установленный; во второмъ случаѣ норма поведенія выступаетъ какъ чужое велѣніе, какъ законъ, установленный для насъ другимъ лицомъ, за которымъ мы признаемъ соотвѣтственный внѣшній авторитетъ. Норму перваго рода называютъ автономной (своезаконной), норму второго рода — гетерономной (инозаконной). Для установленія понятія права необходимо выяснить, каковъ его характеръ относительно основанія обязательности, — является ли право нормой автономной, или гетерономной.

Право, какъ мы уже знаемъ, устанавливаетъ не только обязанности, но и притязанія, и этимъ путемъ упорядочиваетъ дѣятельность индивидовъ во имя общей цѣли. Для того, чтобы право имѣло возможность исполнять эту свою соціальную функцію, необходимо, чтобы его предписанія признавались одинаково обязательными какъ лицомъ обязаннымъ, такъ и лицомъ управомоченнымъ. Для исполненія предписанія права необходимо полное тождество въ сознаніи обязанности и притязанія. Обязанный долженъ сознавать себя обязаннымъ именно къ тому, на что притязаетъ управомоченный, и управомоченный долженъ сознавать притязаніе именно на то, къ чему сознаетъ себя обязаннымъ обязанный. Такое совпаденіе возможно только при единствѣ нормы, связывающей волю какъ обязаннаго, такъ и управомоченнаго. Такъ какъ въ положеніи двусторонней правовой связанности можетъ очутиться любая пара участниковъ даннаго общественнаго союза, то отсюда слѣдуетъ, что обязательное единство правовой нормы должно охватывать всѣхъ членовъ даннаго общественнаго союза. Такое единство можетъ быть достигнуто двоякимъ путемъ: либо путемъ внутренняго уравненія автономнаго правосознанія всѣхъ участниковъ общежитія, либо путемъ внѣшняго установленія юридической нормы. Первый путь предполагаетъ одинаковый уровень интеллектуальнаго и моральнаго развитія всѣхъ участниковъ общежитія. Такого одинаковаго уровня на самомъ дѣлѣ нѣтъ въ обществѣ. Слѣдовательно по этому пути не можетъ идти право, предназначенное для удовлетворенія потребностей практической жизни. Говоря иначе, право не можетъ быть нормой автоном-

ной, оно неизбѣжно выступаетъ въ качествѣ нормы гетерономной. Водвореніе автономнаго соціальнаго поведенія и, слѣдовательно, достиженіе обществомъ состоянія гармоніи взаимныхъ обязанностей и притязаній является лишь конечной цѣлью правового развитія. Пока этого нѣтъ, право неизбѣжно является нормой гетерономной. Но и при достиженіи указанной конечной цѣли право не переродится въ автономную норму, такъ какъ при водвореніи автономнаго соціальнаго поведенія индивидовъ, право перестанетъ существовать, какъ нѣчто совершенно излишнее. По справедливому замѣчанію Л. І. Петражицкаго (Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. II, с. 48), задача права состоитъ въ томъ, чтобы сдѣлать себя лишнимъ и быть упраздненнымъ. Пока право существуетъ, оно существуетъ какъ норма гетерономная, — основывается на внѣшнемъ установленіи, исходитъ отъ внѣшняго авторитета.

Значеніе внѣшняго установленія въ правѣ издавна сознается догматической юриспруденціей съ ея своеобразной точки зрѣнія. Догматическая юриспруденція смотритъ на право со стороны его судебнаго примѣненія. Съ этой точки зрѣнія получаютъ преимущественное значеніе тѣ юридическія нормы, которыя устанавливаются государственной властью, т. е. законы, потому что судъ, какъ учрежденіе государственное, руководится при рѣшеніи споровъ о правѣ прежде всего закономъ. Отсюда легко выводится заключеніе, что основаніемъ обязательности юридической нормы является установленіе ея государственной властью. Судебная практика свидѣтельствуетъ однако о томъ, что кромѣ нормъ, установленныхъ государственной властью, есть еще и иныя нормы права. Суду приходится основывать свои рѣшенія и на такихъ юридическихъ нормахъ, которыя не установлены государственной властью, но созданы самой жизнью общества помимо властнаго велѣнія государства. Таковы юридическіе обычаи, или обычное право. Въ теченіе столѣтій обычное право регулировало обширнѣйшія области отношеній, такъ какъ государственная власть была поглощена внѣшнимъ укрѣпленіемъ государства и не имѣла возможности взять въ свои руки регламентацію внутренней его жизни, вслѣдствіе чего законодательство ограничивалось юридической регламентаціей только нѣкоторыхъ отношеній, наиболѣе важныхъ для государственной власти. Съ ростомъ государственной жизни власть расширила предѣлы своей дѣятельности, и въ новѣйшее время законодательство стремится охватить всѣ по возможности жизненныя отношенія, оставляя для обычая только нѣкоторыя изъ нихъ, указываемыя къ тому же въ законахъ, опредѣляющихъ дѣятельность суда. Примѣнительно къ этимъ двумъ главнымъ періодамъ въ жизни обычнаго права объясняла обязательность его догматическая юриспруденція. Въ первомъ періодѣ законъ не давалъ никакихъ указаній по этому вопросу, но юристы-догматики, тяготѣвшіе къ закону, все же въ своемъ объясненіи отправлялись отъ закона. Законъ молчитъ объ обычаѣ; отсюда дѣлали выводъ, что законъ не запрещаетъ его примѣненія, а такъ какъ примѣнять обычай приходилось въ силу неизбѣжности, то отсутствіе запрета истолковывали въ смыслѣ молчаливаго признанія. Во второмъ періодѣ законъ даетъ уже явно выраженное признаніе обычая въ извѣстныхъ предѣлахъ. Такимъ образомъ догматическая юриспруденція объясняетъ дѣйствіе обычая признаніемъ со стороны государственной вла-

сти. Принимая это положеніе, она дополняетъ свой первоначальный выводъ, сдѣланный примѣнительно къ одному лишь закону, и на вопросъ объ основаніи обязательности права даетъ окончательный свой отвѣтъ въ слѣдующемъ видѣ: основаніемъ обязательности права является установленіе или признаніе его государственной властью.

Приведенный отвѣтъ догматической юриспруденціи имѣетъ значеніе для общаго ученія о правѣ постольку, поскольку въ немъ сказывается общая мысль о гетерономности юридической нормы. Но сведеніе момента внѣшняго установленія въ правѣ къ установленію или признанію нормы государственной властью представляетъ собою односторонность догматической точки зрѣнія. Односторонность эта вытекаетъ изъ исключительнаго почти служенія догматической юриспруденціи дѣлу суда. Между тѣмъ, дѣйствіе права не ограничивается областью судебнаго его примѣненія и выходитъ за его предѣлы. Внѣ суда дѣйствіе обычнаго права основывается не на признаніи его государственной властью, а на внѣшнемъ авторитетѣ однообразнаго массоваго поведенія людей. Да и самое признаніе государственной властью предполагаетъ наличность юридическаго обычая и, слѣдовательно, наличность особаго основанія его обязательности, какъ нормы поведенія.

Сейчасъ мы не будемъ останавливаться на различныхъ видахъ внѣшняго установленія права, такъ какъ въ дальнѣйшемъ этому вопросу будетъ отведена особая (IV-ая) глава общаго ученія о правѣ. Въ данномъ мѣстѣ мы ограничиваемся приведеннымъ выше обоснованіемъ общей мысли о томъ, что право есть норма гетерономная, основывающаяся на внѣшнемъ установленіи и исходящая изъ внѣшняго авторитета.

Гетерономный характеръ права неизбѣжно вытекаетъ изъ аттрибутивной функціи права въ обществѣ. Слѣдуетъ замѣтить, что Л. І. Петражицкій, указавшій на двустороннюю императивно-аттрибутивную природу юридической нормы, не считаетъ однако внѣшняго установленія необходимымъ признакомъ права. Правда, онъ признаетъ, что для торжества аттрибутивной функціи права въ высшей степени важно, чтобы представленіе объ юридической нормѣ было у всѣхъ одинаково, и на этомъ основаніи выдвигаетъ внѣшнее установленіе въ качествѣ вторичнаго признака права, не имѣющаго однако безусловнаго значенія. Право можетъ существовать, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, и помимо внѣшняго установленія, — въ одномъ лишь сознаніи лица, переживающаго двустороннюю связанность воли. Такое право Л. І. Петражицкій называетъ интуитивнымъ и противопоставляетъ его праву, исходящему отъ внѣшняго авторитета, или положительному праву. Интуитивное право неудержимо стремится превратиться въ право, признаваемое всѣми, т. е. положительное, но все же оно можетъ существовать и самостоятельно помимо внѣшняго установленія. Такимъ образомъ изъ ученія Л. І. Петражицкаго какъ бы слѣдуетъ, что право, стремясь неудержимо стать гетерономной нормой, можетъ быть однако и автономнымъ. Съ такимъ выводомъ нельзя согласиться по слѣдующимъ причинамъ.

Допущеніе возможности автономнаго существованія юридической нормы является слѣдствіемъ нѣкоторой односторонности психологической теоріи, которую мы отмѣтили въ предыдущемъ параграфѣ. Эта односторонность заключается въ преобладаніи индивидуалистическаго пониманія

права и въ недостаточномъ учитываніи его соціальной природы. Переживаніе индивидуальнаго правосознанія представляетъ собою условіе и слѣдствіе существованія права, какъ соціальной нормы, но не тождественно съ послѣднимъ. Пока право существуетъ только въ индивидуальномъ сознаніи, нѣтъ еще права, какъ соціальной нормы. Имѣется лишь его возможность, проектъ права, но не право. Чтобы стать соціальной нормой, право должно опереться на внѣшній авторитетъ и сочетаться съ внѣшнимъ установленіемъ. Въ послѣднемъ заключается не только неудержимое стремленіе права, но существенный признакъ его, какъ нормы соціальной. Интуитивное право есть лишь субъективное представленіе о правѣ, какъ соціальной нормѣ. Въ составъ этого представленія входитъ и моментъ его внѣшняго установленія. И интуитивное право мыслится не какъ автономная норма для мыслящаго субъекта, но какъ норма гетерономная для него самого и для всѣхъ другихъ участниковъ общежитія.

Установивъ неизбѣжность внѣшняго установленія въ правѣ, мы должны послѣдовательно поставить вопросъ о томъ, является ли гетерономный характеръ юридическихъ нормъ специфическимъ признакомъ права, отличающимъ его отъ нравственности, или же это признакъ общій и праву, и нравственности. Въ наукѣ высказываются мнѣнія, разрѣшающія указанный вопросъ и въ томъ, и въ другомъ смыслѣ. Необходимо разобраться въ нихъ.

Этическія ученія раціоналистическаго характера настаиваютъ на томъ, что нравственному закону въ идеѣ присущъ исключительно автономный характеръ. Неизбѣжность автономнаго характера нравственности выводится при этомъ изъ своеобразнаго воздѣйствія нравственнаго закона на волю индивида. Нравственный законъ опредѣляетъ не только дѣйствіе, но и мотивъ нашего дѣйствія. Для того, чтобы поступки людей имѣли нравственный характеръ, необходимо, чтобы единственнымъ побужденіемъ къ ихъ совершенію являлось стремленіе къ соблюденію нравственнаго закона. Требуемое единство дѣйствія и побужденія къ нему можетъ осуществиться полностью только въ томъ случаѣ, если основаніе обязательности нормы не связывается ни съ какимъ внѣшнимъ авторитетомъ, а полагается исключительно въ самомъ ея содержаніи и въ добровольномъ подчиненіи индивида ея велѣнію. Слѣдовательно, нравственный законъ долженъ быть автономнымъ. Существующая гетерономная нравственность представляетъ лишь переходную ступень къ водворенію автономной нравственности.

Въ противоположность раціоналистамъ позитивисты указываютъ, что нравственность носитъ въ дѣйствительности гетерономный характеръ. Разсуждаютъ при этомъ слѣдующимъ образомъ. Нравственныя нормы представляютъ собою велѣніе. Велѣніе не можетъ исходить отъ отвлеченной идеи долга и закона. Какъ всякое отвлеченіе, идея закона и долга является лишь обобщеніемъ реальныхъ эмпирическихъ фактовъ. Реально велѣніе исходитъ отъ однихъ лицъ и обращается къ другимъ. Таково и происхожденіе нравственности. Нормы ея должны имѣть внѣшнее установленіе, каковымъ является авторитетъ извѣстныхъ лицъ, которыя словомъ или примѣромъ создаютъ извѣстный нравственный порядокъ поведенія, изъ котораго затѣмъ лица, признающія этотъ авторитетъ, дѣлаютъ обязательные для себя выводы.

Оба приведенныхъ мнѣнія страдаютъ односторонностью. Признаніе нравственнаго закона исключительно автономнымъ противорѣчитъ фактамъ дѣйствительности. Важнѣйшій по своему значенію видъ нравственности, нравственность религіозная носитъ явно гетерономный характеръ. Такимъ образомъ нѣтъ никакой возможности отрицать гетерономныя нормы въ области нравственности. Но признавая этотъ фактъ, неправильно было бы возводить его на степень общаго признака нравственности. Односторонніе обязанности и ихъ исполненіе несомнѣнно могутъ быть слѣдствіемъ исключительно индивидуальнаго сознанія закона и долга, и такая автономная нравственность можетъ быть нормой поведенія даннаго лица въ обществѣ. Когда обязанность не сопровождается притязаніемъ, нѣтъ взаимной связанности двухъ лицъ, и можетъ не быть поэтому внѣшняго установленія нормы. Автономная мораль столь же способна къ осуществленію соціальной функціи, какъ и гетерономная.

Подводя итогъ всему сказанному, мы получимъ слѣдующій выводъ: внѣшнее установленіе имѣетъ безусловное значеніе въ правѣ и только относительное въ нравственности; право всегда гетерономно, нравственность можетъ быть и бываетъ какъ гетерономная, такъ и автономная.

Необходимость внѣшняго установленія въ правѣ вытекаетъ изъ общественной функціи юридическихъ нормъ. Право призвано не только водворять полное соотвѣтствіе между обязанностями и притязаніями, на совпаденіи которыхъ основывается характеризующее общественную жизнь сотрудничество индивидовъ, но и устранять возможные по этому поводу споры. Устранить споръ можетъ лишь рѣшеніе не заинтересованнаго третьяго лица, — судьи. Въ составъ правосознанія входитъ не только сознаніе обязанности и притязанія, но и сознаніе необходимости въ случаѣ спора подчиниться рѣшенію третьяго лица, — судьи. Въ этомъ послѣднемъ сознаніи выражается моментъ внѣшняго установленія въ правѣ на случай спора между обязаннымъ и управомоченнымъ. Для того, чтобы рѣшеніе судьи могло быть дѣйствительно обязательнымъ и авторитетнымъ для спорящихъ сторонъ, необходимо, чтобы существовала единая норма оцѣнки, равно раздѣляемая какъ обязаннымъ и управомоченнымъ, такъ и судьей. Подобное совпаденіе сознанія трехъ индивидовъ не можетъ быть достигнуто иначе, какъ только путемъ внѣшняго установленія юридической нормы.

§ 8. ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 12; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. I, глава VI; Н. А. Гредескулъ, Къ ученію объ осуществленіи права, 1900 г.; Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht, 3.e изд. 1893 («Цѣль въ правѣ», русск. переводъ 1-го нѣм. изданія, 1881 г.); Henri Rolin, Prolegomènes à la science du droit, Esquisse d'une sociologie juridique, 1911; Fr. Klein, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, 1912; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, IV: Gesellschaftlicher und staatlicher Normenzwang.

Двусторонній, императивно-аттрибутивный, характеръ юридической нормы налагаетъ особый отпечатокъ на осуществленіе ея велѣній. Въ

процессѣ этого осуществленія также различаются двѣ стороны: съ одной стороны, исполненіе обязанности, съ другой, воздаяніе лицу, надѣляемому притязаніемъ. При такомъ положеніи дѣла неисполненіе юридической обязанности представляетъ собою не только уклоненіе обязаннаго отъ соблюденія долга, но и нанесеніе ущерба управомоченному, который не получаетъ того, что ему слѣдуетъ и причитается. Въ виду этого право не предоставляетъ исполненія своихъ велѣній исключительно доброй волѣ обязаннаго, но, охраняя управомоченнаго отъ обиды и ущерба, принимаетъ спеціальныя мѣры къ тому, чтобы обезпечить исполненіе юридической обязанности какъ помимо воли обязаннаго лица, такъ и путемъ особаго побужденія этой воли къ исполненію лежащей на ней обязанности. Сюда относятся: съ одной стороны, исполнительное производство по приговору суда, съ другой стороны, — наказаніе.

Въ случаѣ неполученія слѣдуемаго воздаянія управомоченное лицо обращается въ судъ, который не только подтверждаетъ правильность его притязанія, но и предписываетъ особымъ исполнительнымъ органамъ удовлетворить притязаніе за счетъ непокорнаго праву обязаннаго лица помимо и даже противъ воли послѣдняго. Такъ, напр., если должникъ добровольно не уплачиваетъ долга кредитору, то по приговору суда судебный приставъ описываетъ имущество должника, продаетъ его съ публичнаго торга и изъ вырученной суммы удовлетворяетъ законное притязаніе кредитора. Въ приведенномъ, какъ и въ другихъ подобныхъ ему случаяхъ, велѣніе права осуществляется помимо и даже противъ воли обязаннаго лица, т. е. принудительно.

Наряду съ этимъ неисполненіе опредѣленной категоріи юридическихъ обязанностей влечетъ за собою наказаніе лица, непокорнаго велѣніямъ права. Наказаніе заключается въ принудительномъ причиненіи виновному лицу извѣстнаго стѣсненія и зла. Будучи мѣрою принудительнаго воздѣйствія на личность правонарушителя, наказаніе, само собою разумѣется, отнюдь не является принудительнымъ осуществленіемъ той обязанности, которая не была исполнена правонарушителемъ. Наказаніе не есть восполненіе неисполненной обязанности, но совершено особое послѣдствіе правонарушенія. Такъ какъ наступленіе этого послѣдствія устанавливается въ видѣ общаго правила, то оно заранѣе извѣстно лицу обязанному и дѣйствуетъ на его волю какъ угроза опредѣленнымъ зломъ. Исполненіе обязанностей, нарушеніе которыхъ обложено наказаніемъ, совершается такимъ образомъ не только изъ сознанія долга, но и подъ дѣйствіемъ угрозы наказаніемъ, т. е. подъ дѣйствіемъ извѣстнаго принужденія воли. Это принужденіе по своему характеру отличается отъ исполнительнаго производства по судебному приговору. При исполнительномъ производствѣ имѣется принудительное физическое воздѣйствіе на имущество лица и на самое лицо въ случаѣ его физическаго сопротивленія. Угроза наказаніемъ воздѣйствуетъ на волю лица и преодолѣваетъ внутреннее сопротивленіе этой воли. Угроза наказаніемъ относится такимъ образомъ къ области не физическаго, а психическаго принужденія.

Моментъ психическаго принужденія соединяется и съ исполнительнымъ производствомъ. Исполнительное производство установлено, какъ и наказаніе, заранѣе въ видѣ общаго правила. Лицо обязанное можетъ

его предвидѣть и будетъ желать его избѣгнуть, такъ какъ исполнительное производство связано съ извѣстной имущественной потерей въ видѣ необходимости уплаты его издержекъ. Такимъ образомъ въ установленіи исполнительнаго производства имѣется извѣстная угроза правонарушителю — извѣстными невыгодными для него послѣдствіями. Дѣйствіе этой угрозы и будетъ психическимъ принужденіемъ воли обязаннаго лица. Замѣтимъ, что присоединеніе къ нормѣ угрозы невыгодными послѣдствіями для ея нарушителя извѣстно подъ именемъ санкціи этой нормы.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что принудительное осуществленіе права проявляется въ двухъ формахъ: 1) въ видѣ физическаго исполненія обязанности и удовлетворенія притязанія помимо воли обязаннаго въ т. н. исполнительномъ производствѣ, 2) въ видѣ психическаго принужденія воли обязаннаго, благодаря наличности санкціи юридическихъ нормъ.

Оба указанныхъ вида принужденія въ правѣ издавна учитываются догматическою юриспруденціей, которая, какъ намъ извѣстно, служитъ интересамъ суда и потому придаетъ особенное значеніе устанавливаемымъ по суду послѣдствіямъ неисполненія велѣній права. Съ точки зрѣнія догматической юриспруденціи право представляется нормой всегда и неизмѣнно принудительной.

Этому выросшему въ предѣлахъ догматической юриспруденціи воззрѣнію на право, какъ на норму принудительную, придано было затѣмъ болѣе широкое соціологическое объясненіе и обоснованіе въ ученіи извѣстнаго юриста второй половины XIX столѣтія — Рудольфа фонъ Іеринга.

Въ то время какъ юристы-догматики только констатировали фактъ осуществленія права посредствомъ принужденія, Іерингъ далъ этому факту извѣстную оцѣнку съ точки зрѣнія значенія его для общественной жизни. Въ принудительномъ дѣйствіи права Іерингъ усмотрѣлъ особый видъ приспособленія индивидуальнаго эгоизма, этого основного двигателя человѣческой жизни, къ достиженію общественныхъ цѣлей. Человѣкъ, учитъ Іерингъ, по природѣ настроенъ эгоистически. Эгоизмъ является вполнѣ достаточнымъ двигателемъ для дѣятельности, направленной на достиженіе личныхъ индивидуальныхъ цѣлей. Для общественной дѣятельности индивидуальный эгоизмъ оказывается недостаточнымъ и требуетъ особаго приспособленія. Эгоистически настроенный отъ природы индивидъ побуждается къ общественной дѣятельности соображеніемъ тѣхъ выгодъ, которыя онъ извлекаетъ изъ общежитія въ видѣ обмѣна услугъ и сотрудничества, облегчающихъ ему собственную жизнь и удовлетвореніе личныхъ потребностей. Связь между услугами, оказываемыми индивидомъ обществу, и выгодами, извлекаемыми индивидомъ изъ общежитія, существуетъ несомнѣнно и неизмѣнно. Однако связь эта не столь непосредственна, чтобы быть всегда очевидной въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ для близорукаго эгоизма. Одни люди не постигаютъ этой связи вслѣдствіе недостаточнаго разумѣнія. Другіе не въ состояніи обуздать своего эгоизма въ ожиданіи полученія личныхъ выгодъ отъ общежитія, такъ какъ выгоды эти наступаютъ не непосредственно за услугой, но находятся съ нею въ болѣе или менѣе отдаленной послѣдовательности. Вслѣдствіе этого общественная

дѣятельность наталкивается на препятствія со стороны неразумной и слабой воли индивидовъ. Эти препятствія необходимо преодолѣть. Средствомъ такого преодолѣнія и является право, какъ принудительная норма соціальнаго поведенія индивидовъ.

Выдвигаемые догматической юриспруденціей факты принудительнаго осуществленія права вполнѣ достовѣрны и не могутъ подлежать ни отрицанію, ни сомнѣнію. Данное имъ въ ученіи Іеринга соціологическое объясненіе также заслуживаетъ вниманія и признанія. Но когда изъ сочетанія этихъ фактовъ дѣлается выводъ, какъ это мы находимъ и у самого Іеринга, что юридическія нормы всегда и неизмѣнно подлежатъ принудительному осуществленію, то съ такимъ прямолинейнымъ выводомъ нельзя согласиться, такъ какъ онъ даетъ обобщеніе скороспѣлое и недостаточно глубоко продуманное. Ни принудительное исполненіе по судебному приговору, ни принудительное воздѣйствіе санкціи на волю обязаннаго не составляютъ общаго признака, безусловно присущаго юридическимъ нормамъ.

Не всѣ юридическія нормы обезпечены въ осуществленіи ихъ велѣній принудительнымъ исполненіемъ по приговору суда. Этимъ обезпеченіемъ снабжены главнымъ образомъ нормы частнаго права. Въ цѣломъ рядѣ отдѣловъ публичнаго права такого обезпеченія нѣтъ. Обязанности, возлагаемыя на монарха, на народное представительство, на должностныхъ лицъ, на отдѣльныя государства въ международныхъ отношеніяхъ, не допускаютъ принудительнаго исполненія по судебному приговору. Да и въ частномъ правѣ подлежатъ принудительному осуществленію въ прямомъ смыслѣ этого слова только такія нормы, которыя устанавливаютъ обязанность, заключающуюся въ уплатѣ опредѣленной денежной суммы. Уплата денежнаго долга можетъ быть сдѣлана изъ имущества должника принудительно. Если же юридическая обязанность заключается въ совершеніи обязаннымъ лицомъ извѣстныхъ дѣйствій, напр., въ изготовленіи указанной вещи или въ личномъ услуженіи по договору найма, то такая обязанность не можетъ быть осуществлена помимо воли обязаннаго. Въ случаѣ неисполненія такой обязанности принудительное исполненіе по судебному приговору можетъ состоять лишь въ предоставленіи управомоченному изъ имущества обязаннаго извѣстной денежной суммы въ качествѣ вознагражденія за вредъ и убытки, понесенные управомоченнымъ вслѣдствіе неудовлетворенія его первоначальнаго притязанія. Если у обязаннаго лица нѣтъ соотвѣтственнаго имущества, то вопросъ такъ и остается открытымъ.

Психическое воздѣйствіе санкціи на волю обязаннаго лица точно также не подлежитъ распространенію на всѣ области права. Цѣлый рядъ нормъ государственнаго и международнаго права совершенно лишены санкціи. Юридическія нормы, устанавливающія обязанности монарха, народнаго представительства, отдѣльныхъ государствъ въ международныхъ отношеніяхъ совершенно лишены какой бы то ни было санкціи. Сторонники мнѣнія о безусловномъ значеніи принужденія въ правѣ не признаютъ такихъ нормъ юридическими. Такой образъ дѣйствій нельзя признать пріемлемымъ. Если какіе либо факты не укладываются въ рамки теоріи, то неправильно отметать факты въ угоду теоріи; слѣдуетъ поступать наоборотъ, — измѣнить теорію такъ, чтобы она покрывала факты и объясняла ихъ.

Если мы теперь сосредоточимъ наше вниманіе исключительно на тѣхъ юридическихъ нормахъ, которыя допускаютъ принудительное осуществленіе, и тщательно прослѣдимъ порядокъ послѣдняго, то увидимъ, что возможность отдѣльныхъ случаевъ принужденія обусловлена наличностью добровольнаго исполненія права. Возьмемъ простѣйшій случай неуплаты должникомъ долга. Кредиторъ предъявляетъ искъ, судъ присуждаетъ съ должника уплату долга, процентовъ и судебныхъ издержекъ. Кредитору выдается исполнительный листъ, который онъ передаетъ для исполненія особо предназначенному для того органу, — судебному приставу. Судебный приставъ является къ должнику и предлагаетъ ему произвести уплату. Въ случаѣ отказа онъ описываетъ имущество должника, продаетъ его съ публичнаго торга и изъ вырученной суммы удовлетворяетъ кредитора. Въ этого рода удовлетвореніи кредитора видятъ уже принудительное осуществленіе нормы объ уплатѣ долга должникомъ. Замѣтимъ однако, что все это исполнительное производство судебнаго пристава оказалось возможнымъ благодаря тому, что должникъ добровольно исполнилъ ту юридическую норму, которая повелѣваетъ подчиняться законнымъ требованіямъ должностныхъ лицъ. Чтобы выяснить до конца дѣйствіе принужденія въ правѣ, нельзя удовлетвориться этимъ случаемъ хотя бы запоздалаго, но все же добровольнаго повиновенія обязаннаго лица праву, и необходимо прослѣдить весь возможный порядокъ исполнительнаго производства при условіи упорнаго неповиновенія праву со стороны обязаннаго лица. Предположимъ, что должникъ не подчиняется требованіямъ судебнаго пристава, не впускаетъ его въ домъ, оказываетъ ему сопротивленіе. Тогда государственная власть приметъ рядъ мѣръ для преодолѣнія этого сопротивленія: крайней мѣрой будетъ исполненіе судебнаго приговора при помощи вооруженной военной силы. Непокорнаго должника схватятъ, свяжутъ, имущество его опишутъ, продадутъ, и долгъ будетъ уплаченъ кредитору. Принципъ принудительнаго исполненія проявится во всей полнотѣ. Несомнѣнно, что по отношенію къ должнику будетъ имѣть мѣсто принужденіе въ самой грубой формѣ примѣненія превосходящей физической силы. Принужденіе въ данномъ случаѣ будетъ направлено на устраненіе сопротивленія, препятствовавшаго удовлетворенію кредитора согласно юридической нормѣ. Самое же велѣніе юридической нормы будетъ исполнено за счетъ должника другими лицами, которыя подчинятся предписаніямъ права и сдѣлаютъ то, чего право отъ нихъ въ данномъ случаѣ потребуетъ. Такимъ образомъ анализъ порядка исполнительнаго производства показываетъ, что въ немъ мы имѣемъ дѣло не съ принудительнымъ осуществленіемъ нормы, а съ особымъ видомъ восполненія неповиновенія однихъ лицъ повиновеніемъ другихъ. Только подъ условіемъ повиновенія праву цѣлаго ряда участниковъ общежитія возможно примѣненіе принужденія къ отдѣльнымъ непокорнымъ праву лицамъ.

Аналогичный выводъ получится нами и тогда, если мы вникнемъ въ принудительное дѣйствіе санкціи на волю индивида. Угроза санкціи дѣйствуетъ потому, что у лица, не склоннаго къ добровольному исполненію обязанности, существуетъ увѣренность въ томъ, что имѣются на лицо цѣлые кадры лицъ, которыя повинуются праву и примѣнятъ къ правонарушителю всѣ слѣдуемыя за нарушеніе нормы невыгодныя послѣдствія. Если

бы не было такой увѣренности и вызывающаго ее факта повиновенія праву со стороны большинства участниковъ общежитія, принудительное дѣйствіе санкціи на волю обязаннаго было бы немыслимо.

Изъ всего сказаннаго мы можемъ сдѣлать слѣдующій окончательный выводъ: осуществленіе права опирается въ концѣ концовъ на добровольное повиновеніе его велѣніямъ; нормальный способъ осуществленія права это добровольное исполненіе устанавливаемыхъ имъ обязанностей; но въ отдѣльныхъ случаяхъ неповиновенія праву и его нарушенія право допускаетъ и примѣняетъ принужденіе, возможность котораго обусловливается повиновеніемъ праву со стороны болѣе авторитетной и сильной въ общественномъ отношеніи части участниковъ даннаго общественнаго союза. Примѣняемое въ указанныхъ предѣлахъ принужденіе въ правѣ имѣетъ общественно-воспитательное значеніе. Оно дисциплинируетъ волю индивидовъ, благодаря чему постепенно расширяется кругъ лицъ, подчиняющихся велѣніямъ права добровольно. По мѣрѣ выполненія общественно-воспитательной функціи принужденіе принимаетъ все болѣе и болѣе мягкія формы и въ рядѣ отдѣловъ права исчезаетъ.

Выяснивъ значеніе принужденія въ осуществленіи права, мы должны остановиться на вопросѣ о томъ, поскольку примѣненіе принужденія отличаетъ право отъ нравственности.

Необходимо прежде всего отмѣтить, что въ осуществленіи велѣній нравственности нѣтъ ни суда, ни исполнительнаго производства по судебному приговору. И то, и другое составляетъ специфическую особенность права, вытекающую изъ непосреднаго служенія права практическимъ потребностямъ жизни, о чемъ мы говорили уже выше по поводу допускаемаго правомъ безразличія мотива.

Что касается психическаго принужденія, оказываемаго на волю санкціей нормы, то въ этомъ отношеніи между правомъ и нравственностью не обнаруживается безусловной противоположности. Нравственность такъ же, какъ и право, знаетъ санкцію своихъ нормъ. Различіе между нравственностью и правомъ въ данномъ случаѣ проявляется только въ характерѣ санкціи и способѣ ея осуществленія. Нравственныя нормы обладаютъ троякой санкціей: религіозной, санкціей общественнаго мнѣнія и внутренней санкціей индивидуальной совѣсти. Кара Божья, разнаго рода неодобреніе со стороны общественнаго мнѣнія и угрызенія совѣсти представляютъ собою тѣ тягостныя послѣдствія, которыя навлекаетъ на себя нарушитель нравственной нормы и подъ угрозой которыхъ онъ опредѣляетъ себя къ моральному дѣйствію. Всѣ эти санкціи могутъ одинаково распространять свое дѣйствіе и на обезпеченіе осуществленія права. Особенность права состоитъ въ томъ, что независимо отъ общихъ моральныхъ санкцій оно устанавливаетъ еще свои специфическія санкціи въ видѣ угрозы исполнительнымъ производствомъ по судебному приговору и наказаніемъ. Отличительными признаками юридической санкціи являются, какъ справедливо замѣтилъ Г. Ф. Шершеневичъ, точная опредѣленность страданія, причиняемаго нарушителю нормы, а также опредѣленность органовъ, предназначенныхъ для приведенія санкціи въ исполненіе. Ни одного изъ этихъ признаковъ нѣтъ въ моральной санкціи. Создаваемое религіозной вѣрой представленіе о карѣ Божьей по самому существу своему чуждо внѣшней

опредѣленности. Реакція совѣсти безконечно видоизмѣняется примѣнительно къ особенностямъ индивидуальнаго характера и не вызывается никакимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ. Реакція общественнаго мнѣнія, хотя и проявляется въ извѣстномъ внѣшнемъ давленіи на нарушителя нравственной нормы, но не отличается опредѣленностью. Нарушающій нравственную норму не знаетъ напередъ, въ чемъ выразится реакція общественнаго мнѣнія, — она разнообразна: начинаясь съ простого словеснаго выраженія порицанія, она можетъ доходить до кровавой расправы. Общественное мнѣніе не обладаетъ опредѣленными, заранѣе установленными органами для выраженія общественнаго порицанія. Въ юридической санкціи опредѣляются заранѣе характеръ и размѣры страданія; для приведенія санкціи въ исполненіе устанавливаются разъ на всегда опредѣленные органы суда и расправы.

§ 9. ЦѢЛЬ ВЪ ПРАВѢ

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Kirchmann-Ausgabe, 1870; Rudolf Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, III Theil, 1. Abth., 4-te Aufl., 1888; Б. Н. Чичеринъ, Философія права, 1900; Е. Н. Трубецкой, Лекціи по энциклопедіи права, 1915 г.; Ѳ. В. Тарановскій, Интересъ и нравственный долгъ въ правѣ, 1899; С. А. Муромцевъ, Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, 1879; Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, кн. I, гл. I; П. Г. Виноградовъ, Очерки по теоріи права, глава II.

Въ предыдущихъ параграфахъ мы послѣдовательно выясняли мотивационное дѣйствіе права на волю индивида, основаніе обязательности права и способъ осуществленія его велѣній. Теперь намъ остается разсмотрѣть примѣнительно къ праву послѣдній изъ моментовъ, опредѣляющихъ построеніе соціальной нормы, именно, — цѣль, осуществленію которой служитъ юридическая нормировка поведенія людей въ общежитіи. По вопросу о цѣли въ правѣ имѣются въ наукѣ двѣ основныя теоріи: теорія индивидуальной свободы и теорія интереса. Въ настоящемъ параграфѣ мы и займемся разсмотрѣніемъ этихъ теорій и путемъ критическаго сужденія о нихъ постараемся установить надлежащую точку зрѣнія на вопросъ о цѣли въ правѣ.

Теорія индивидуальной свободы была впервые развита еще во второй половинѣ XVIII столѣтія Кантомъ. Кантъ различалъ внутреннюю и внѣшнюю свободу индивида. Подъ внутренней свободой онъ понималъ способность воли опредѣлять себя къ дѣйствію по представленію закона. Подъ внѣшней свободой онъ разумѣлъ способность человѣка поступать по собственному благоусмотрѣнію, считаясь лишь съ располагаемой имъ для дѣйствія личной силой. Внутренняя свобода необходима человѣку для нравственнаго совершенствованія; она строго индивидуальна, не выходитъ за предѣлы психики отдѣльнаго лица и потому не только не требуетъ, но и не допускаетъ никакихъ ограниченій. Иное дѣло съ внѣшней свободой. Она проявляется въ дѣйствіяхъ, которыя непосредственно задѣваютъ дру-

тихъ людей. Если-бы всякій человѣкъ дѣлалъ все, что онъ хочетъ и что въ состояніи сдѣлать, то неизбѣжны были бы непрестанныя столкновенія между всѣми, всѣ бы другъ другу мѣшали и въ результатѣ всѣ оказались бы не свободными. Вслѣдствіе этого оказывается необходимой такая регламентація поведенія людей, при которой свобода каждаго совмѣщалась бы со свободой всѣхъ. Такую регламентацію создаетъ право. Оно вводитъ индивидуальную свободу въ извѣстные предѣлы, но за то уже въ этихъ предѣлахъ, намѣчаемыхъ требованіемъ свободы для другихъ, свобода каждаго въ отдѣльности остается неприкосновенной. Такимъ образомъ право представляетъ собою норму, которая, съ одной стороны, ограничиваетъ внѣшнюю свободу индивидовъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, съ другой стороны, предоставляетъ имъ свободу. Цѣлью права является возможное въ общежитіи обезпеченіе индивидуальной свободы.

Теорія индивидуальной свободы подверглась во второй половинѣ XIX столѣтія рѣшительной критикѣ со стороны Іеринга и была замѣнена имъ теоріей интереса.

Теорія индивидуальной свободы представлялась Іерингу неудовлетворительной потому, что она не давала объясненія нѣкоторымъ признаннымъ въ правѣ притязаніямъ. Если цѣлью права является обезпеченіе индивидуальной свободы, то всякое признаваемое правомъ притязаніе должно содержать въ себѣ обезпеченную возможность свободнаго внѣшняго волеизъявленія. Если я имѣю какое-либо право, то это должно обозначать, что въ указанныхъ этимъ правомъ предѣлахъ воля моя можетъ двигаться свободно, по своему усмотрѣнію. Съ точки зрѣнія теоріи индивидуальной свободы такое положеніе должно быть безспорнымъ. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ оно отнюдь не безспорно и опровергается фактами. Законодательства всего міра, говоритъ Іерингъ, признаютъ права за дѣтьми и за сумасшедшими, притомъ не только право на жизнь и неприкосновенность, но и всѣ имущественныя права, признаваемыя за людьми взрослыми и нормальными. Спрашивается, неужели признаніе правъ за дѣтьми и душевнобольными имѣетъ цѣлью обезпеченіе свободнаго внѣшняго выраженія ихъ волеизъявленій? Относительно дѣтей можно еще допустить, что право уважаетъ въ нихъ зародышъ будущей воли, но для правъ душевнобольныхъ и кретиновъ нельзя подыскать никакого объясненія съ точки зрѣнія внѣшней ихъ свободы. Необъяснимое для теоріи индивидуальной свободы явленіе разъясняется однако вполнѣ, если обратить вниманіе на то, что права дѣтей и душевнобольныхъ проявляются не въ актахъ ихъ воли, а въ пользованіи извѣстными благами. Такъ, напр., смыслъ права собственности душевнобольного или ребенка заключается не въ томъ, что эти собственники свободно распоряжаются извѣстными вещами, а въ томъ, что за ними обезпечивается пользованіе благомъ, которое представляетъ даннзя вещь. Управомоченнымъ, говоритъ Іерингъ, является не тотъ, кто можетъ притязать на хотѣніе, а тотъ, кто можетъ притязать на пользованіе. Право вообще существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею отвлеченной правовой воли, а для того, чтобы служить интересамъ, потребностямъ, цѣлямъ общественнаго оборота.

Критика теоріи индивидуальной свободы, данная Іерингомъ, не можетъ быть признана убѣдительной, такъ какъ она, какъ это мы сейчасъ увидимъ,

сосредоточивается исключительно на поверхности разбираемаго вопроса и не проникаетъ въ глубь его.

Іерингъ не отрицаетъ того, что по отношенію къ людямъ взрослымъ и психически здоровымъ право обезпечиваетъ въ устанавливаемыхъ имъ предѣлахъ проявленіе индивидуальной свободы. Непонятнымъ и необъяснимымъ съ точки зрѣнія теоріи индивидуальной свободы представляется Іерингу только надѣленіе правами дѣтей и душевнобольныхъ. Какимъ образомъ можно обезпечивать свободное волеизъявленіе тѣхъ, у кого нѣтъ вообще свободнаго волеизъявленія? Такъ ставитъ вопросъ Іерингъ, и путемъ одного ужъ этого вопроса, который носитъ, въ сущности говоря, риторическій характеръ и не допускаетъ иного отвѣта, кромѣ отрицательнаго, уличаетъ теорію индивидуальной свободы въ формально-логическомъ противорѣчіи.

Если приложить тотъ-же пріемъ критики къ выдвинутой Іерингомъ теоріи интереса, то и результатъ получится тотъ же. Теорія интереса, которая, по мнѣнію Іеринга, открываетъ выходъ изъ затрудненія, созданнаго теоріей индивидуальной свободы, окажется въ томъ же положеніи формально-логическаго противорѣчія, что и отвергнутая изъ за него теорія индивидуальной свободы. Чтобы убѣдиться въ этомъ, требуется лишь прослѣдить приложеніе теоріи интереса къ той же категоріи случаевъ, въ области которой Іерингъ критиковалъ теорію индивидуальной свободы, т. е. къ правамъ дѣтей и душевнобольныхъ. Это мы и сдѣлаемъ.

Въ основѣ всякаго права, учитъ Іерингъ, лежитъ польза. Въ правѣ имѣется въ виду не одна лишь экономическая, матеріальная польза, но и польза моральная, духовная, къ проявленіямъ которой относятся: личность, свобода, честь, семейная связь. Вещь, которая приноситъ намъ пользу, мы называемъ благомъ. Къ понятію блага присоединяется понятіе цѣны и понятіе интереса. Понятіе цѣны содержитъ въ себѣ масштабъ для опредѣленія годности блага къ обмѣну. Понятіе интереса объемлетъ цѣнность блага въ его особенномъ примѣненіи къ цѣлямъ и отношеніямъ лица, обладающаго благомъ. Билетъ въ концертъ, поясняетъ Іерингъ, имѣетъ цѣну, но не имѣетъ интереса для глухого. Интересы бываютъ различные, и право есть выраженіе того, какіе интересы въ данное время законодатель признаетъ заслуживающими защиты и нуждающимися въ ней. Права, говоритъ Іерингъ, суть юридически защищенные интересы. Слѣдовательно, права дѣтей и душевнобольныхъ суть юридически защищенные интересы этихъ лицъ. Подставимъ въ приведенную формулу данное выше опредѣленіе интереса. Интересъ, по опредѣленію Іеринга, есть цѣнность блага въ его особенномъ примѣненіи къ цѣлямъ и отношеніямъ лица. Само собою разумѣется, что никакой вещи и никакому благу не можетъ быть присуща никакая особая примѣнимость къ цѣлямъ и отношеніямъ лица; такое качество блага есть лишь отраженіе субъективнаго стремленія лица извлечь изъ блага желательную для себя пользу. Поэтому интересъ есть, очевидно, не что иное, какъ субъективное, эгоистическое вожделѣніе извѣстной выгоды или пользы. Такимъ образомъ оказывается, что признавая права за душевнобольными и дѣтьми, право этимъ охраняетъ ихъ эгоистическія вожделѣнія, пользованіе благомъ для ихъ цѣлей. Такой выводъ явно противорѣчитъ дѣйствительному положенію дѣла. Право охраняетъ не то

пользованіе благами, которое представляетъ интересъ для душевнобольныхъ и дѣтей, но разумные интересы индивида, интересы нормальныхъ людей. Спрашивается, какимъ образомъ могутъ быть признаваемы права за тѣми, у кого нѣтъ должнаго пониманія разумныхъ интересовъ, и кто является человѣкомъ ненормальнымъ?

Распространяя критическіе пріемы Іеринга на его собственную теорію, мы хотѣли показать, что у Іеринга не было основанія безусловно отвергать теорію индивидуальной свободы, потому что подмѣченнаго имъ недостатка ея не восполняла его собственная теорія. Такъ какъ камнемъ преткновенія для обѣихъ теорій является одинъ и тотъ же вопросъ о правахъ дѣтей и душевнобольныхъ, то изъ этого положенія можно сдѣлать двоякій выводъ: либо отвергнуть обѣ теоріи, либо предположить, что объясненіе затруднительнаго для обѣихъ теорій вопроса слѣдуетъ искать путемъ болѣе глубокаго анализа. Мы изберемъ этотъ послѣдній путь, такъ какъ, только пройдя его, можно прійти къ безусловному убѣжденію въ правильности или неправильности перваго вывода.

Право обезпечиваетъ интересы не конкретнаго, но типическаго, абстрактнаго индивида. Признавая права за дѣтьми и душевнобольными, право и за ними обезпечиваетъ тѣ же интересы, независимо отъ ихъ сознанія и разумѣнія. Такъ какъ дѣти и душевнобольные не могутъ разумно пользоваться благами, то право учреждаетъ надъ ними опеку.

Интересъ есть стремленіе лица къ полученію извѣстныхъ выгодъ и осуществленію своихъ цѣлей. Обезпеченіе интереса неизбѣжно предполагаетъ извѣстную внѣшнюю свободу. Внѣшняя свобода индивида имѣетъ двоякій смыслъ: отрицательный и положительный. Въ отрицательномъ смыслѣ свобода обозначаетъ отсутствіе стѣсненія, обезпеченіе неприкосновенности лица и его имущества. Въ положительномъ смыслѣ свобода обозначаетъ возможность распоряженія своимъ лицомъ и имуществомъ, или, какъ это признаетъ самъ Іерингъ, выборъ формы пользованія благомъ. Обезпеченіе интереса неразрывно связано съ обезпеченіемъ свободы, — послѣднее не только не противорѣчитъ первому, но и требуется имъ. Признавая права за дѣтьми и душевнобольными, право надѣляетъ ихъ свободой въ отрицательномъ смыслѣ совершенно такъ-же, какъ и людей взрослыхъ и нормальныхъ. Что же касается свободы въ положительномъ смыслѣ, то въ виду невозможности осуществленія ея дѣтьми и сумасшедшими, право предоставляетъ это осуществленіе ихъ опекунамъ. Этимъ путемъ право восполняетъ отсутствіе нормальной воли точно такъ же, какъ восполняетъ оно и отсутствіе нормальнаго пониманія интереса.

Такимъ образомъ мы приходимъ къ заключенію, что обѣ разбираемыя теоріи одинаково объясняютъ спорные факты, что вообще онѣ не исключаютъ другъ друга, но, напротивъ того, взаимно пополняютъ. Мы можемъ сказать, что цѣлью права является обезпеченіе индивидуальной свободы для осуществленія признанныхъ правомъ интересовъ. Какіе интересы признаются правомъ и какіе нѣтъ, это зависитъ отъ состоянія общества въ ту или другую эпоху. Но разъ извѣстный интересъ признанъ правомъ, обезпеченіе его неразрывно связано съ обезпеченіемъ опредѣленной сферы свободы для его осуществленія.

Право, какъ мы знаемъ, устанавливаетъ обязанность и притязаніе. Надѣленіе притязаніемъ создаетъ обезпеченіе интересамъ индивида и предоставляетъ ему необходимую для удовлетворенія интересовъ свободу. Наложеніе обязанности вводитъ необходимое въ общежитіи подчиненіе эгоистическаго интереса интересу общественному и налагаетъ узду на произвольныя проявленія внѣшней свободы индивида.

Теорія индивидуальной свободы страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что считаетъ свободу индивида чѣмъ то самодовлѣющимъ, между тѣмъ какъ свобода и въ отрицательномъ, и въ положительномъ смыслѣ имѣетъ значеніе постольку, поскольку даетъ возможность удовлетворенія интересовъ индивида. Іерингъ былъ правъ, когда говорилъ, что право вообще существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею отвлеченной правовой воли, но затѣмъ, чтобы служить интересамъ. Поэтому право безъ связанной съ нимъ возможности пользоваться какимъ либо благомъ есть нѣчто невозможное, по справедливому замѣчанію того же Іеринга. Исправляя недостатокъ теоріи индивидуальной свободы, Іерингъ впадалъ въ другую крайность, — совершенно исключалъ свободу изъ понятія цѣли права. Впрочемъ Іерингу не удалось провести это отрицаніе вполнѣ послѣдовательно, и въ его теоріи интереса отнесены къ содержанію права не только пользованіе благомъ, но и свобода выбора формъ этого пользованія.

Производство имущественныхъ и прочихъ культурныхъ благъ и распредѣленіе ихъ между индивидами наполняетъ собою общественную жизнь. На этой почвѣ происходитъ объединеніе индивидовъ, преслѣдующихъ одинаковые интересы, въ отдѣльныя общественныя группы, или общественные классы, и противоположеніе послѣднихъ по различію интересовъ. То или другое сочетаніе интересовъ различныхъ общественныхъ классовъ опредѣляетъ какъ общіе интересы всего общественнаго союза, такъ и предѣлы признанія индивидуальныхъ интересовъ и допускаемой для ихъ удовлетворенія индивидуальной свободы.

Іерингъ вѣрно замѣтилъ, что въ основѣ права лежитъ польза и что право обезпечиваетъ порядокъ удовлетворенія общихъ и индивидуальныхъ интересовъ. Этимъ путемъ онъ далъ надлежащее опредѣленіе цѣли права, какъ нормы соціальной. Теорія индивидуальной свободы совершенно упускала изъ виду моментъ интереса, и вслѣдствіе этого, самая свобода индивида являлась въ ея изображеніи безсодержательной. Она выставлялась въ качествѣ какой то самоцѣли, не связанной съ производствомъ и распредѣленіемъ имущественныхъ и другихъ культурныхъ благъ въ обществѣ. Теорія интереса восполнила этотъ недостатокъ теоріи индивидуальной свободы и открыла возможность уразумѣнія права въ связи съ внутреннимъ строеніемъ общества и его жизнедѣятельностью. При свѣтѣ теоріи интереса получила надлежащее объясненіе и индивидуальная свобода. Принципіальное отверженіе ея Іерингомъ вызвано было одностороннимъ увлеченіемъ новатора. Спокойное отношеніе къ дѣлу показываетъ, что свобода является необходимымъ средствомъ для осуществленія интереса и въ этомъ смыслѣ обезпечивается въ правѣ наряду съ интересомъ.

Начало цѣли является существеннымъ для всякой нормы должнаго. Вслѣдствіе этого опредѣленіе цѣли принято считать главнымъ и нерѣдко единственнымъ моментомъ въ установленіи понятія права. Такая точка

зрѣнія приводитъ къ игнорированію другихъ моментовъ въ понятіи соціальной нормы и потому даетъ неполное разрѣшеніе задачи. Тѣмъ не менѣе эта точка зрѣнія является достаточно распространенной, и теоріи интереса особенно посчастливилось въ этомъ отношеніи. Наиболѣе распространенныя формулы опредѣленія права отправляются отъ теоріи интереса, и потому намъ необходимо остановиться на обзорѣ важнѣйшихъ изъ нихъ и на выясненіи ихъ значенія для науки.

Іерингъ опредѣлялъ право, въ смыслѣ притязанія, какъ юридически защищенный интересъ. Отсюда слѣдуетъ, что право, въ смыслѣ правила поведенія, опредѣляется у Іеринга, какъ норма, устанавливающая защиту интересовъ. Подъ защитой онъ понималъ судебный искъ и вытекающее изъ него исполнительное производство по судебному приговору, а также наказаніе, т. е. всѣ виды принудительнаго осуществленія права. Сочетая моментъ цѣли съ моментомъ осуществленія нормы, Іерингъ опредѣлялъ право какъ обезпеченіе жизненныхъ условій общества въ формѣ принужденія. Вопросъ о принужденіи въ правѣ уже разсмотрѣнъ нами, и мы знаемъ, что велѣнія права не всегда исполняются посредствомъ принужденія, и что въ конечномъ итогѣ осуществленіе права покоится на повиновеніи праву со стороны участниковъ общежитія. Жизненныя условія общества, обезпеченіе которыхъ составляетъ цѣль права, это не что иное какъ интересы, общіе и индивидуальные. Обезпеченіе ихъ достигается путемъ распредѣленія обязанностей и притязаній, въ чемъ заключается основная функція права. Принужденіе выступаетъ въ правѣ на второмъ планѣ въ предѣлахъ надобности и возможности.

Теорія интереса, въ смыслѣ опредѣленія, исчерпывающаго понятіе права, нашла себѣ широкое распространеніе въ русской юридической литературѣ и дала своеобразныя видоизмѣненія въ ученіяхъ двухъ извѣстныхъ русскихъ юристовъ, — С. А. Муромцева и Н. М. Коркунова.

Муромцевъ сосредоточилъ вниманіе на понятіи защиты, которое право оказываетъ интересамъ, и въ особенностяхъ этой защиты усматривалъ своеобразную цѣль дѣйствія права въ человѣческомъ обществѣ.

Жизнь людей, говорилъ Муромцевъ, представляетъ собою рядъ активныхъ и пассивныхъ отношеній ихъ къ окружающей средѣ. Вліяніе окружающей среды на человѣка бываетъ благопріятное и неблагопріятное, — окружающая среда то содѣйствуетъ, то препятствуетъ осуществленію человѣческихъ цѣлей. При неблагопріятномъ вліяніи окружающей среды и при наличности создаваемыхъ ею препятствій, человѣкъ вступаетъ съ ней въ наиболѣе характерныя активныя отношенія: онъ преодолѣваетъ сопротивленіе среды. Для этихъ именно активныхъ отношеній человѣкъ пользуется содѣйствіемъ другихъ людей, такъ какъ его личныя силы оказываются въ этомъ случаѣ недостаточными. Такимъ образомъ происходитъ осложненіе окружающей человѣка среды: наряду съ представляемыми средою препятствіями въ ней же возникаетъ и содѣйствіе къ преодолѣнію этихъ препятствій. Содѣйствіе, сначала случайное, обнаруживаетъ неуклонное стремленіе превратиться въ постоянное. Постепенно слагаются особыя группы, или союзы людей, которые проявляютъ особенное стремленіе оказывать содѣйствіе своимъ членамъ. Такіе союзы многообразны, постепенно развиваются и крѣпнутъ: начинаясь со стадной группы бродячихъ

звѣролововъ, они доходятъ послѣдовательно до современнаго государства. Общее у всѣхъ этихъ союзовъ то, что они неизмѣнно проявляютъ склонность къ оказанію содѣйствія своимъ членамъ и дѣйствительно оказываютъ содѣйствіе, — защищаютъ своихъ членовъ. Такъ какъ союзы эти полагаютъ своею цѣлью взаимную защиту своихъ членовъ, то очевидно, что оказываемая ими защита направляется противъ тѣхъ препятствій, которыя возникаютъ для индивида внѣ самихъ союзовъ, являющихся элементомъ благопріятствующимъ. Эту защиту Муромцевъ называетъ защитою перваго рода и охраняемыя ею отношенія къ внѣсоюзной средѣ защищенными отношеніями перваго рода. Въ окружающей человѣка широкой внѣшней средѣ общественный союзъ, къ которому принадлежитъ данный человѣкъ, становится для него въ нѣкоторомъ родѣ особенною, болѣе тѣсною средою дѣятельности. Взаимныя отношенія индивидовъ въ этой болѣе тѣсной средѣ постепенно осложняются и приводятъ къ нѣкоторому измѣненію взаимодѣйствія между индивидомъ и общественной средой. Въ общемъ сохраняется первоначальная тенденція и основной характеръ общественной среды, какъ элемента благопріятствующаго индивиду, но вмѣстѣ съ тѣмъ наряду съ помощью и содѣйствіемъ возникаютъ препятствія, оказываемыя отдѣльными членами союза другъ другу и самому союзу въ его цѣломъ. Эти новыя препятствія преодолѣваются помощью наличныхъ средствъ союза: союзъ самъ защищаетъ себя и своихъ членовъ отъ препятствій, оказываемыхъ его же членами. Эту защиту Муромцевъ называетъ защитою второго рода, охраняемыя ею отношенія — защищенными отношеніями второго рода. Эта защита можетъ быть оказываема въ формѣ, опредѣляемой въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ, или же она можетъ осуществляться заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и обыкновенно при содѣйствіи особыхъ, установленныхъ для этого органовъ. Въ первомъ случаѣ защита будетъ неорганизованной, во второмъ — организованной. Организованная защита второго рода и есть право. Такимъ образомъ, по ученію Муромцева, право есть организованная защита общественнымъ союзомъ отношеній между индивидами отъ препятствій, возможныхъ со стороны членовъ того же союза.

У Муромцева, какъ и у Іеринга, защита сводится къ принужденію. Выше мы уже привели необходимыя возраженія противъ безусловнаго признанія принужденія въ правѣ, и повторятъ ихъ нѣтъ надобности. Въ ученіи Муромцева обращаетъ на себя вниманіе другое обстоятельство, именно — утвержденіе, что цѣль права сводится исключительно къ преодолѣнію препятствій, оказываемыхъ членами общественнаго союза другъ другу и союзу въ цѣломъ. Согласиться съ этимъ утвержденіемъ нѣтъ никакой возможности, такъ какъ оно противорѣчитъ очевидности. Для всякаго ясно, что право не только устраняетъ препятствія, которыя чинятъ другъ другу индивиды, но и устанавливаетъ формы содѣйствія ихъ другъ другу, организуетъ сотрудничество въ широкомъ смыслѣ, на которомъ зиждется вся общественная жизнь. Право налагаетъ на отдѣльныхъ лицъ извѣстныя публичныя обязанности и такимъ образомъ устанавливаетъ характеръ и размѣръ тѣхъ услугъ, которыя индивидъ долженъ оказывать общественному союзу, какъ цѣлому. Далѣе право надѣляетъ отдѣльныхъ лицъ притязаніями публичнаго характера и такимъ образомъ опредѣляетъ

характеръ и размѣръ содѣйствія со стороны общественнаго союза, на которое можетъ притязать отдѣльное лицо. Право регламентируетъ семейственныя и имущественныя отношенія между отдѣльными лицами и устанавливаетъ этимъ путемъ формы общенія, взаимнаго содѣйствія и сотрудничества индивидовъ. Постановленія права, напр., относительно купли-продажи отнюдь не направлены на защиту индивида отъ какихъ-то препятствій, но имѣютъ въ виду установить однообразный и прочный порядокъ обмѣна, т. е. въ широкомъ смыслѣ сотрудничества индивидовъ. Защита отъ препятствій, нарушеній — это въ жизни права явленіе второго, такъ сказать, порядка, которое получаетъ смыслъ только въ связи съ правовой организаціей содѣйствія, сотрудничества. И самъ Муромцевъ видитъ основную тенденцію и основной характеръ общественнаго союза въ содѣйствіи, которое общественный союзъ оказываетъ своимъ членамъ въ преодолѣніи сопротивленія внѣшней среды, т. е. въ дѣлѣ приспособленія индивида къ послѣдней. Въ приспособленіи къ внѣшней средѣ заключается вся дѣятельность человѣка, направленная на производство культурныхъ благъ и удовлетвореніе личныхъ интересовъ. Слѣдовательно, изъ приведеннаго заявленія Муромцева слѣдуетъ, что общественный союзъ оказываетъ индивиду содѣйствіе въ удовлетвореніи его интересовъ, т. е. что въ общественномъ союзѣ устанавливается сотрудничество индивидовъ. Сотрудничество это, какъ мы знаемъ, получаетъ опредѣленную организацію путемъ соотвѣтственнаго распредѣленія обязанностей и притязаній. Почему Муромцевъ умалчиваетъ объ этой организаціи и не относитъ ее къ цѣли, осуществляемой правомъ, остается для насъ совершенно непонятнымъ.

Коркуновъ сознаетъ, что принужденіе не сопутствуетъ всякому осуществленію юридической нормы, и потому въ свое опредѣленіе права не вноситъ понятія защиты въ томъ смыслѣ, какой придавали ей Іерингъ и Муромцевъ. Примыкая къ основной мысли Іеринга о томъ, что право обезпечиваетъ индивидуальные интересы, Коркуновъ ставитъ себѣ задачу выяснить ту форму, въ которой право даетъ обезпеченіе индивидуальнымъ интересамъ. Для разрѣшенія этой задачи онъ идетъ по тому же пути разсужденія, по которому идетъ и теорія индивидуальной свободы, но за отправную точку принимаетъ не индивидуальную свободу, а индивидуальный интересъ.

Практическая дѣятельность человѣка, говоритъ Коркуновъ, происходитъ не въ обособленіи, а въ общежитіи съ другими людьми. Каждый изъ этихъ людей преслѣдуетъ свои цѣли, свои интересы. При практическомъ осуществленіи интересы отдѣльныхъ людей сталкиваются и мѣшаютъ другъ другу. Для спокойнаго удовлетворенія индивидуальныхъ интересовъ необходимо найти выходъ изъ указаннаго столкновенія и устранить помѣху, которую создаютъ другъ другу отдѣльныя лица, изъ которыхъ каждый стремится къ своей особой цѣли. Взаимныя отношенія людей, интересы которыхъ сталкиваются, могутъ представлять собою, говоритъ Коркуновъ, два существенно различныхъ типа. Интересы одного человѣка могутъ быть всецѣло подчинены интересамъ другого, такъ что одинъ человѣкъ оказывается въ положеніи средства для удовлетворенія интересовъ другого. Это — отношенія рабскія. Въ нихъ интересы раба всецѣло подчинены интересамъ господина; столкновеніе устранено путемъ непризнанія и, такъ ска-

зать, уничтоженія интересовъ раба. Наряду съ этимъ слагается и другой типъ отношеній, при которомъ субъекты сталкивающихся интересовъ противопоставляются другъ другу не какъ средство и цѣль, а какъ двѣ самоцѣльныя личности, изъ коихъ ни одна не признается только средствомъ для другой. Въ такомъ случаѣ не можетъ быть безусловнаго подчиненія интересовъ одного интересамъ другого, ни одинъ изъ сталкивающихся интересовъ не можетъ остаться непризнаннымъ, не можетъ быть уничтоженнымъ, не можетъ исчезнуть. Осуществленію интереса каждаго должны быть отмежеваны извѣстные предѣлы, или другими словами, интересы эти въ видахъ возможности совмѣстнаго ихъ осуществленія должны быть такъ или иначе разграничены. Указанное разграниченіе интересовъ и составляетъ цѣль права. Право, по опредѣленію Коркунова, есть совокупность нормъ, разграничивающихъ человѣческіе интересы.

Въ ученіи Коркунова имѣется существенный пробѣлъ, — въ немъ упущены изъ виду общественные интересы, и вслѣдствіе этого цѣль права сужена до разграниченія однихъ лишь индивидуальныхъ интересовъ. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ задача права шире. Право устанавливаетъ опредѣленные общественные интересы и обезпечиваетъ ихъ осуществленіе; затѣмъ право устанавливаетъ опредѣленное отношеніе между интересами общественными и индивидуальными и тогда только разграничиваетъ послѣдніе. Разграниченіе индивидуальныхъ интересовъ направлено на обезпеченіе возможности совмѣстнаго ихъ осуществленія. Совмѣстное осуществленіе индивидуальныхъ интересовъ на началахъ права представляется Коркунову въ такомъ видѣ, будто при юридическомъ разграниченіи ни одинъ изъ индивидуальныхъ интересовъ не устраняется, но лишь ограничивается извѣстными предѣлами дозволенной осуществимости. Такое представленіе не вѣрно. Интересы воровъ, грабителей, мошенниковъ, насильниковъ, убійцъ не ограничиваются, но совершенно устраняются и, такъ сказать, изъемлются изъ общественнаго оборота. Приходится поэтому указать, что право не только разграничиваетъ индивидуальные интересы, но предварительно еще устанавливаетъ, какіе вообще индивидуальные интересы могутъ быть допущены въ общежитіи, и только затѣмъ уже проводитъ разграниченіе между интересами допустимыми.

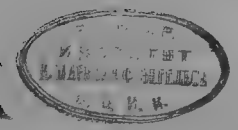
Сводя вмѣстѣ все сказанное о цѣли въ правѣ, мы можемъ формулировать слѣдующіе общіе выводы. Путемъ соотвѣтственнаго распредѣленія обязанностей и притязаній право имѣетъ цѣлью обезпечить общіе и индивидуальные интересы. Налагаемыя обязанности ограничиваютъ внѣшнюю свободу лицъ, предоставляемыя правомъ притязанія обезпечиваютъ опредѣленную сферу внѣшней свободы, необходимую для удовлетворенія индивидуальныхъ интересовъ.

Принимая указанные выводы, мы ограничиваемся исключительно формальнымъ установленіемъ цѣли въ правѣ и не наполняемъ ея никакимъ заранѣе опредѣленнымъ содержаніемъ. Дѣлаемъ это потому, что содержаніе это видоизмѣняется въ зависимости отъ общаго культурнаго развитія общества. Общіе интересы опредѣляются въ своемъ содержаніи различнымъ сочетаніемъ интересовъ всѣхъ наличныхъ общественныхъ классовъ. Сочетаніе это принимаетъ различныя формы въ зависимости отъ измѣняющагося значенія отдѣльныхъ классовъ, степени ихъ сознанія и умѣнія провести

свои требованія въ составъ общаго интереса. Въ зависимости отъ общаго интереса опредѣляются и интересы индивидуальные и, слѣдовательно, подлежатъ измѣненіямъ въ своемъ содержаніи. Къ понятію интереса въ широкомъ смыслѣ мы относимъ стремленіе не только къ матеріальному преуспѣянію, но и къ нравственному совершенствованію. Относя къ цѣли права обезпеченіе интересовъ, мы открываемъ широкую возможность наполнять формальное понятіе интереса самымъ разнообразнымъ содержаніемъ, подлежащимъ вообще измѣненію въ условіяхъ общаго культурнаго развитія людей.

Общее ученіе о правѣ должно довольствоваться формальнымъ опредѣленіемъ цѣли юридической регламентаціи, такъ какъ задача общаго ученія установить понятіе права, равно примѣнимое и къ историческому, и къ догматическому изученію права, и къ политической его разработкѣ. Каждая изъ этихъ трехъ юридическихъ дисциплинъ наполняетъ формальное опредѣленіе цѣли права положительнымъ содержаніемъ. Исторія права выясняетъ, интересы какихъ общественныхъ классовъ принимались въ соображеніе въ прошломъ при опредѣленіи общаго интереса, и какъ въ зависимости отъ этого обезпечивались личные интересы болѣе или менѣе широкаго круга индивидовъ. Догматическая юриспруденція выясняетъ тѣ же вопросы относительно дѣйствующаго права. Наконецъ, политика права, имѣя въ виду задачу дальнѣйшаго правового творчества, опредѣляетъ, что должно почитаться имѣющимъ общій интересъ, какіе индивидуальные интересы и какіе запросы свободы должны быть приняты въ расчетъ при предстоящемъ преобразованіи дѣйствующаго права.

Въ заключеніе намъ остается поставить вопросъ объ отношеніи, какое существуетъ съ точки зрѣнія цѣли между правомъ и нравственностью: имѣетъ ли право свою особую цѣль, отличную отъ нравственности, или нѣтъ? Думаемъ, что вопросъ этотъ не требуетъ особаго разсмотрѣнія, такъ какъ отвѣтъ на него напрашивается самъ собою. Обезпеченіе общихъ и личныхъ интересовъ и установленіе предѣловъ индивидуальной свободы несомнѣнно входитъ въ задачу нравственности такъ же, какъ и въ задачу права. Разница заключается лишь въ средствахъ и путяхъ разрѣшенія этой задачи. Эта разница выяснялась въ предшествовавшихъ параграфахъ и подлежитъ дальнѣйшему разсмотрѣнію въ слѣдующей главѣ.



ГЛАВА II. ПРАВО И НРАВСТВЕННОСТЬ ВЪ ИХЪ ВЗАИМООТНОШЕНІИ

§ 10. ПРОТИВОПОЛОЖЕНІЕ ПРАВА И НРАВСТВЕННОСТИ

В. Г. Щегловъ, Нравственность и право въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, 1888 г.; R. v. Ihering, Geist des röm. Rechts: Der Zweck im Recht (т. I, 3-ье изд., 1893, т. II, 2-ое изд. 1886).

Приступая къ выясненію взаимоотношенія между правомъ и нравственностью, мы должны остановиться прежде всего на тѣхъ теоріяхъ, которыя противополагаютъ право и нравственность другъ другу, какъ двѣ области совершенно самостоятельныя, дѣйствующія, такъ сказать, параллельно, другъ съ другомъ не связанныя и не оказывающія другъ на друга никакого воздѣйствія. Теоріи эти могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ: 1) къ ученію о разнородности права и нравственности, 2) къ признанію разобщенія между правомъ и нравственностью.

Ученіе о разнородности права и нравственности является слѣдствіемъ принципіальнаго отрицанія нормативнаго характера права. Кто смотритъ на право исключительно какъ на фактическій распорядокъ дѣятельности государства и его органовъ, для того конечно право и нравственность будутъ явленіями совершенно разнородными, которыхъ нельзя объединить ни въ какомъ общемъ родовомъ понятіи. Нравственность есть норма поведенія, которая предъявляетъ опредѣленныя требованія и индивидамъ, и государству. Право это фактическій образъ дѣйствій государства, который учитывается подвластными въ качествѣ своего рода препятствія, стоящаго на пути ихъ дѣятельности, но не создаетъ никакихъ нормъ для дѣятельности индивидовъ. На этомъ основаніи извѣстный уже намъ Шейнъ безусловно отрицаетъ нормативный характеръ права, вполнѣ послѣдовательно не видитъ между правомъ и нравственностью никакой связи и не допускаетъ даже сравненія ихъ, какъ явленій совершенно разнородныхъ. Мы подвергли уже ученіе Шейна спеціальной критикѣ и показали (см. § 5), что право содержитъ въ себѣ норму должнаго поведенія людей и объединяется съ нравственностью въ одномъ родовомъ понятіи соціальной нормы. Ученіе о разнородности права и нравственности оказывается не болѣе, какъ парадоксомъ.

На почвѣ признанія нормативнаго характера права мы тоже встрѣчаемся съ противоположеніемъ права и нравственности, но противоположеніе это

не является уже столь рѣзкимъ и выражается лишь въ извѣстномъ разобщеніи права и нравственности. Здѣсь мы встрѣчаемся опять съ двоякаго рода теоріями. Однѣ теоріи полагаютъ, что право и нравственность разобщены и не соприкасаются другъ съ другомъ вслѣдствіе того, что каждая изъ этихъ областей устанавливаетъ разнородныя обязанности. Другія теоріи видятъ начало разобщенія въ различіи тѣхъ мотивовъ поведенія, на которые расчитана, съ одной стороны, юридическая нормировка человѣческихъ поступковъ, съ другой, — нравственная.

Мысль о томъ, что право и нравственность устанавливаютъ обязанности совершенно различнаго характера и другъ отъ друга независимыя, высказана была еще во второй половинѣ XVII столѣтія извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Томазіемъ. Правило человѣческаго поведенія (rectum) выводится, по ученію Томазія, изъ троякаго рода требованій: честнаго (honestum), достойнаго (decorum) и справедливаго (iustum). Правило честнаго гласитъ: «что ты хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, то самъ себѣ дѣлай.» Правило достойнаго повелѣваетъ: «что ты хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, то ты самъ имъ дѣлай.» Правило справедливаго требуетъ: «что ты не хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, того ты имъ не дѣлай». Первыя два правила устанавливаютъ обязанности положительнаго характера по отношенію къ самому себѣ и другимъ людямъ; они требуютъ отъ насъ совершенія опредѣленныхъ поступковъ, которые приносили бы опредѣленное благо намъ самимъ и другимъ людямъ. Третье изъ указанныхъ правилъ устанавливаетъ обязанности отрицательнаго характера по отношенію къ другимъ людямъ, т. е. оно требуетъ отъ насъ не какого-либо положительнаго дѣйствія, но лишь воздержанія отъ дѣйствій, которыя наносятъ вредъ другимъ. Такимъ образомъ нормировка человѣческаго поведенія сводится къ установленію двоякаго рода обязанностей, — положительныхъ и отрицательныхъ. Путемъ исполненія первыхъ человѣкъ творитъ добро; исполняя вторыя, онъ избѣгаетъ лишь прямого зла, не наноситъ вреда другимъ. Твореніе добра другимъ предполагаетъ отказъ отъ личныхъ выгодъ и желаній, вообще — господство духа, внутренняго міра надъ влеченіями физической природы человѣка. Воздержаніе отъ причиненія вреда другимъ ограничивается дисциплинировкой внѣшней дѣятельности человѣка и не отражается на складѣ его внутренняго міра. Положительныя обязанности, захватывающія внутренній міръ человѣка, устанавливаются нравственностью. Отрицательныя обязанности чисто внѣшняго характера устанавливаются правомъ. Обузданіе внѣшней дѣятельности человѣка въ смыслѣ удержанія его отъ вредоносныхъ для другихъ людей поступковъ производится принудительно и совершенно независимо отъ склада внутренняго міра дисциплинируемаго лица. Вслѣдствіе этого право и нравственность остаются разобщенными, между ними не оказывается никакого взаимодѣйствія.

Приведенное ученіе о принципіальной разнохарактерности моральныхъ и юридическихъ обязанностей и о вызванномъ этимъ полномъ разобщеніи нравственности и права не можетъ быть принято, такъ какъ оно, съ одной стороны, противорѣчитъ фактамъ, съ другой стороны, исходитъ изъ такихъ психологическихъ представленій, которыя отвергнуты современной наукой. Несомнѣнно противорѣчитъ фактамъ утвержденіе, будто юридическія обязанности носятъ исключительно отрицательный характеръ, и функція права

сводится къ предотвращенію вредоносныхъ дѣйствій. Юридическія обязанности отца семейства, опекуна, должностного лица, подданнаго, участника товарищескаго предпріятія отнюдь не ограничиваются воздержаніемъ отъ дѣйствій вредоносныхъ, но требуютъ поступковъ, которые приносили бы положительную пользу, предоставляли бы другимъ опредѣленныя блага. Даже юридическая регламентація договоровъ, въ которыхъ каждая сторона получаетъ равноцѣнное, имѣетъ значеніе мѣры, не только предотвращающей взаимное причиненіе вреда, но и обезпечивающей возможность взаимнаго извлеченія такой пользы, которая была бы недостижима для каждой изъ сторонъ въ отдѣльности. Такъ, напр., смыслъ договора купли-продажи заключается не въ томъ, что онъ обезпечиваетъ покупателя и продавца отъ убытковъ, а въ томъ, что онъ создаетъ возможность обмѣна, и удовлетворяетъ такимъ образомъ потребность двухъ людей, которой каждый изъ нихъ въ отдѣльности не въ состояніи былъ удовлетворить собственными силами. Нравственныя и юридическія обязанности различались у Томазія не только какъ обязанности положительныя и отрицательныя, но еще и какъ внутреннія и внѣшнія. Самое разобщеніе нравственности и права выводилось изъ разобщенія внутренней и внѣшней природы человѣка и признанія полной независимости этихъ двухъ областей. Въ основѣ такого ученія лежитъ общее дуалистическое міровоззрѣніе, которое господствовало въ XVII вѣкѣ и оказало вліяніе на построеніе моральной и юридической теоріи Томазія. Сущность дуалистическаго міровоззрѣнія заключается въ противоположеніи двухъ началъ мірозданія: духа и матеріи. Каждое изъ этихъ началъ дѣйствуетъ по своимъ особымъ законамъ и самостоятельно. Связь ихъ является непостижимой и потому представляется случайной. Человѣкъ, какъ существо, сочетающее въ себѣ оба начала, духъ и матерію, подчиненъ двоякаго рода законамъ: одни законы регулируютъ его внутренній міръ, другіе — его внѣшнія матеріальныя дѣйствія. Нравственность находится подъ дѣйствіемъ перваго рода законовъ, право подъ дѣйствіемъ законовъ второго рода. Возможно дисциплинировать внѣшнія дѣйствія человѣка, не касаясь его внутренняго міра. Такое утвержденіе рѣшительно отвергается современной психологіей. Позитивное наблюденіе показываетъ, что т. н. внутренній нашъ міръ или наша внѣшняя дѣятельность находятся въ неизбѣжномъ взаимодѣйствіи. Невозможно поэтому регламентировать наши внѣшніе поступки, не воздѣйствуя на нашъ внутренній міръ. Слѣдовательно, раздѣленіе обязанностей на внѣшнія и внутреннія совершенно недопустимо. Должно быть, значитъ, отвергнуто и противоположеніе права и нравственности по разнохарактерности устанавливаемыхъ ими обязанностей.

Основаніе для принципіальнаго разобщенія права и нравственности находятъ далѣе, какъ это уже отмѣчено нами, въ разнородности тѣхъ мотивовъ, на дѣйствіе которыхъ расчитано исполненіе моральныхъ и юридическихъ обязанностей. На такой точкѣ зрѣнія стоитъ Іерингъ въ своемъ ученіи о дѣйствіи въ правѣ мотивовъ эгоистическихъ, а въ нравственности альтруистическихъ.

Основнымъ двигателемъ практической дѣятельности человѣка Іерингъ признаетъ эгоизмъ. Вполнѣ достаточный для осуществленія индивидуальныхъ цѣлей, эгоизмъ оказывается недостаточнымъ для осуществленія цѣлей

общественныхъ, или соціальныхъ. Какъ коренное свойство человѣка и наиболѣе дѣйствительный возбудитель въ немъ практической энергіи, эгоизмъ не можетъ быть игнорируемъ соціальною механикой. Эгоизма нельзя устранить, остается поэтому приспособить его къ особенной задачѣ соціальной механики, — къ направленію дѣятельности на общую пользу. Такое приспособленіе эгоизма къ соціальнымъ цѣлямъ совершается путемъ особаго на него воздѣйствія. Воздѣйствіе это сводится къ созданію стимуловъ, достаточно сильныхъ для направленія эгоизма въ желательную сторону. Общественная жизнь выдвигаетъ два такихъ стимула: вознагражденіе и принужденіе. Вознагражденіе находитъ осуществленіе и соотвѣтственную организацію въ экономическомъ оборотѣ, принужденіе — въ правѣ.

Право представляетъ собою организацію принужденія; дѣйствуя во имя общественныхъ цѣлей, оно приспособляетъ эгоизмъ для ихъ осуществленія. Тотъ же эгоизмъ, который побуждаетъ человѣка, во что бы то ни стало, стремиться къ осуществленію своихъ личныхъ цѣлей, дѣйствуетъ въ правѣ на пользу цѣлей соціальныхъ. Эгоизмъ не отмѣняется въ правѣ, но только видоизмѣняется. Видоизмѣненіе заключается здѣсь въ поднятіи эгоизма до высшей степени сознательности, до уразумѣнія индивидомъ его дѣйствительныхъ интересовъ въ сложныхъ отношеніяхъ человѣческаго общежитія.

Мелочный близорукій эгоизмъ, говоритъ Іерингъ, имѣетъ предъ глазами только отдѣльную выгоду и преслѣдуетъ ее въ случаѣ надобности насчетъ права, чести, отечества, короче — такими способами, которые, если бы стали всеобщими, были бы самыми нецѣлесообразными въ мірѣ. Съ повышеніемъ сознательности индивидъ убѣждается, что его благо обусловлено благомъ общественнымъ; подъ вліяніемъ этого сознанія эгоизмъ обнимаетъ не только себя, но и общество, и становится дальнозоркимъ. Дальнозоркость не остается лишь въ области сознанія эгоистически настроеннаго дѣятеля; она переходитъ въ область его воли и воздѣйствуетъ на его практическую дѣятельность. Благодаря этому индивидъ опредѣляетъ себя къ дѣйствію не эгоистическимъ влеченіемъ, но, если такъ можно выразиться, эгоистическимъ разсужденіемъ. Основной принципъ этого разсужденія сводится къ требованію, чтобы низшее было подчинено высшему, индивидъ государству, отдѣльный случай общему правилу, моментъ продолжительному состоянію. Подъ дѣйствіемъ такого принципа дальнозоркій эгоизмъ становится эгоизмомъ дисциплинированнымъ. Дисциплинированный эгоизмъ создаетъ право, какъ систему обузданія непосредственныхъ эгоистическихъ влеченій и приспособленія ихъ для цѣлей соціальныхъ.

Если бы всѣ люди обладали достаточнымъ разумѣніемъ и достаточной силой воли, то дисциплинировка эгоизма осуществлялась бы свободно въ силу всеобщаго убѣжденія въ цѣлесообразности требованій права. Но такъ какъ у цѣлаго ряда людей нѣтъ ни должнаго разумѣнія, ни достаточной силы воли, то требованія права приводятся въ исполненіе посредствомъ принужденія.

Обращаясь со своими велѣніями къ индивиду, право обращается къ его эгоизму и строитъ всѣ свои расчеты на дѣйствіи дальнозоркаго эгоизма индивида. Тягости, съ которыми сопряжено исполненіе обязанно-

стей, право вознаграждаетъ обезпеченіемъ достиженія эгоистическихъ интересовъ. Право, говоритъ Іерингъ, есть религія эгоизма.

Хотя приспособленіе эгоизма для общественныхъ цѣлей оказывается успѣшнымъ и плодотворнымъ, тѣмъ не менѣе общественная жизнь не можетъ строиться на одномъ лишь эгоизмѣ. Тѣ стимулы, которые призваны приспособлять эгоизмъ для общественной дѣятельности, именно, — вознагражденіе и принужденіе, — не всегда способны производить должное дѣйствіе. Есть случаи, въ которыхъ указанные стимулы оказываются безсильными. Для того, чтобы вознагражденіе оказывало необходимое побудительное воздѣйствіе на эгоизмъ, требуются двоякаго рода условія: во-первыхъ, чтобы тотъ, кто расчитываетъ удовлетворить свою потребность при помощи услуги со стороны другого, былъ въ состояніи предоставить соотвѣтственное вознагражденіе; во-вторыхъ, чтобы оказывающій услугу былъ расположенъ принять вознагражденіе. Если одного изъ этихъ условій нѣтъ на лицо, то вознагражденіе не можетъ служить двигателемъ общественной дѣятельности. Если-бы вознагражденіе было единственнымъ такимъ двигателемъ, то бѣднымъ пришлось бы помирать съ голоду за отсутствіемъ безкорыстной помощи, а богатые не принимали бы никакого участія въ общественной дѣятельности при отсутствіи стремленія къ полученію вознагражденія. Но опытъ, говоритъ Іерингъ, показываетъ противное. Кромѣ того, даже въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ основнымъ двигателемъ является вознагражденіе, для интенсивности и высшей доброкачественности работы необходимы еще другіе мотивы, какъ-то: совѣстливость, честность, чувство чести, чувство долга. Точно также недостаточно и принужденіе. Принужденіе расчитано на эгоистическое чувство страха. На этомъ расчетѣ не можетъ строиться вся общественная дѣятельность. Эгоистическое чувство страха дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока глазамъ виденъ кнутъ, но стоитъ убрать кнутъ, и страхъ исчезнетъ. Если бы принужденіе было единственнымъ двигателемъ, то цѣлыя области общественной дѣятельности остались бы безъ работниковъ. Итакъ, оба эгоистическихъ двигателя нуждаются въ восполненіи. Восполняются они двумя мотивами иного порядка, — чувствомъ долга и любовью. На дѣйствіе этихъ мотивовъ расчитаны правила нравственности. Отношеніе нравственности къ эгоизму — отрицательное. Эгоизмъ есть обращеніе воли на собственное «я», какъ на цѣль. Нравственность требуетъ неэгоистическаго настроенія, — направленія воли на цѣли другія, а не на собственное я.

Ограниченіе права предѣлами дальнозоркаго, т. е. расчетливаго эгоизма и противоположеніе его на этомъ основаніи нравственности нельзя признать соотвѣтствующимъ дѣйствительному положенію дѣла. Прежде всего необходимо обратить вниманіе на то обстоятельство, что право устанавливаетъ цѣлый рядъ обязанностей, исполненіе которыхъ требуетъ въ случаѣ надобности полнаго самопожертвованія со стороны обязаннаго лица. Таковы, напр., обязанности солдата, врача, капитана корабля. Далѣе, въ цѣломъ рядѣ другихъ обязанностей право, если и не требуетъ полнаго самопожертвованія со стороны обязаннаго, то во всякомъ случаѣ рѣшительно отвергаетъ его личныя выгоды. Такъ, напр., обязанности опекуна всецѣло направлены на соблюденіе интересовъ опекаемаго, и отказаться отъ этой обязанности дозволяется только въ случаяхъ особо уважительныхъ. Наряду съ этимъ

можно, правда, указать на институтъ крайней необходимости, въ которомъ замѣчается повидимому торжество эгоистическаго начала въ правѣ. Подъ крайней необходимостью понимаютъ такое положеніе, въ которомъ человѣкъ можетъ спасти собственное благо не иначе, какъ только жертвуя благомъ другого. И вотъ, когда при такомъ положеніи дѣло идетъ о спасеніи жизни, и одно лицо приноситъ жизнь другого въ жертву своей собственной (напр.), сбрасывая спутника въ воду изъ тонущей лодки и спасая этимъ себя), то право признаетъ такое посягательство на чужую жизнь ненаказуемымъ и освобождаетъ убійцу отъ отвѣтственности. Такъ какъ институтъ крайней необходимости существуетъ наряду съ обязанностями несомнѣнно альтруистическаго характера, то слѣдуетъ прежде всего отмѣтить, что онъ не исчерпываетъ всѣхъ возможныхъ мотивовъ дѣятельности, на которыя расчитываетъ право. Далѣе необходимо указать, что убійство при крайней необходимости не предписывается правомъ и вообще не признается явленіемъ правомѣрнымъ. Право только снисходитъ къ слабости человѣческой и только не наказываетъ человѣка за то, что онъ не возвысился до самопожертвованія. Наконецъ, вполнѣ понятно, что обязанность самопожертвованія не можетъ стать юридическою, такъ какъ въ такомъ случаѣ ей должно бы соотвѣтствовать притязаніе другого лица на то, чтобы обязанный жертвовалъ для него своей жизнью. Признаніе подобнаго притязанія противорѣчило бы альтруизму въ большей степени, чѣмъ ненаказуемость убійства при крайней необходимости.

Въ основу права Іерингъ кладетъ дальнозоркій, или расчетливый эгоизмъ. Согласно этому взгляду Іеринга, мотивомъ для исполненія юридической обязанности служитъ эгоистическое разсужденіе, т. е. обстоятельный и точный расчетъ тѣхъ выгодъ, которыя въ концѣ концовъ получитъ лицо обязанное отъ исполненія велѣній права. Такая мотивація юридической обязанности не представляется достаточно реальной. Она предполагаетъ въ человѣкѣ такое предвидѣніе длиннаго ряда цѣлей и ихъ послѣдствій, какимъ въ дѣйствительности люди не обладаютъ. Наконецъ, одно сознаніе выгоды, по собственному признанію Іеринга, не достаточно для повышенія интенсивности дѣятельности и ея доброкачественности. Для этого требуется непосредственное чувство долга. Чувство долга сопутствуетъ исполненію юридической обязанности въ той же мѣрѣ, что и нравственной. Безъ этого чувства и юридическія обязанности либо совсѣмъ бы не исполнялись, либо отбывались бы столь формально, что не достигали бы цѣли.

§ 11. УЧЕНІЕ ОБЪ ЭТИЧЕСКОМЪ МИНИМУМѢ ВЪ ПРАВѢ

G. Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2-oe изд., 1908 г.; русск. переводъ: Г. Еллинекъ, Соціально-этическое значеніе права, неправды и наказанія, съ предисловіемъ П. И. Новгородцева, 1910; Вл. Соловьевъ, Оправданіе добра (Собр. Соч. т. VII), гл. XVII: Нравственность и право.

Если противоположеніе права и нравственности не подтверждается фактами, и разобщеніе этихъ двухъ областей не можетъ быть критически обосновано, то приходится признать, что обѣ области находятся во взаимной

связи. Надлежитъ лишь ближайшимъ образомъ выяснить эту связь и указать, насколько обѣ области содѣйствуютъ другъ другу въ дѣлѣ установленія правильнаго поведенія людей въ обществѣ. Оригинальное рѣшеніе указанной задачи даетъ теорія этическаго минимума въ правѣ, выдвинутая въ концѣ семидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ и государствовѣдомъ Іеллинекомъ.

Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ отправляется отъ понятія соціальной этики. Подъ послѣдней Іеллинекъ разумѣетъ совокупность нормъ, вытекающихъ изъ условій существованія и развитія общества и обращенныхъ къ волѣ человѣка въ качествѣ велѣній, требующихъ осуществленія. Въ приведенной предпосылкѣ теоріи этическаго минимума въ правѣ существенно важны два обстоятельства: во-первыхъ, рѣшительное признаніе общественнаго происхожденія и назначенія нравственности, и, во-вторыхъ, проводимое различіе между условіями существованія и развитія общества. Остановимся на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Признаніе соціальнаго происхожденія и назначенія этики является необходимой поправкой къ тому индивидуалистическому пониманію нравственности, которое приводило къ полному разобщенію нравственности и права. Томазій, ученіе котораго по данному вопросу сохранялось въ наукѣ почти полтора столѣтія, исходилъ, въ сущности говоря, изъ того предположенія, что всѣ общественныя связи между людьми опираются исключительно на нормы юридическія, такъ какъ только эти нормы порождены общежитіемъ, или точнѣе, необходимымъ для общежитія предварительнымъ соглашеніемъ индивидовъ. Нравственность представлялась Томазію продуктомъ исключительно индивидуальнаго развитія и совершенствованія. Она являлась какъ бы независимой отъ условій общественной среды. Осуществленіе нравственныхъ правилъ не требовалось со стороны общественнаго союза и являло собою какъ бы высшее, надъ-общественное развитіе личности. Идеалистическая философія первой половины XIX столѣтія осудила это разобщеніе между нравственностью и правомъ; она видѣла уже въ общественномъ союзѣ не только внѣшнюю форму существованія моральной личности, но и орудіе для объективнаго осуществленія моральнаго добра въ человѣчествѣ. Нравственность съ этой точки зрѣнія переставала казаться удѣломъ независимаго индивида и становилась достояніемъ общества. Начавшееся съ середины XIX столѣтія позитивное изученіе общественной жизни кореннымъ образомъ измѣнило постановку вопроса о моральной личности. Послѣднюю перестали считать какимъ то первозданнымъ или первороднымъ элементомъ, который изъ себя создалъ общежитіе и неизмѣнно стремился обезпечить въ немъ для себя извѣстную самостоятельность и даже непроницаемость. Изучая различные общественные союзы людей на разныхъ ступеняхъ культурнаго развитія, убѣдились, что исторія человѣчества идетъ отъ первоначальной стадности къ такому состоянію, въ которомъ индивидуальная личность постепенно выдѣляется и достигаетъ все большаго и большаго самоопредѣленія. Такимъ образомъ и моральныя представленія личности выростаютъ въ тѣхъ же условіяхъ общественной среды, въ которыхъ слагается самая личность человѣка. Кромѣ того моральныя представленія, возникшія подъ вліяніемъ общественной среды, служатъ не одной лишь цѣли совершенствованія личности, противопола-

гаемой обществу, но являются также средствомъ для сплоченія индивидовъ въ одно общественное цѣлое.

Среди условій, порождающихъ установленіе соціальной этики, Іеллинекъ различаетъ условія существованія и условія развитія общества. Это значитъ, что этическія нормы необходимы, съ одной стороны, для того, чтобы общество могло существовать, т. е. чтобы оно было достаточно сплочено и не распалось, съ другой стороны, для того, чтобы общество развивалось. Двоякой потребности, призывающей къ жизни этическую регламентацію, соотвѣтствуетъ и двоякая цѣль ея. Этика, съ одной стороны, служитъ удержанію общества отъ распаденія, съ другой, — развитію общества. Эту двустороннюю цѣль соціальной этики Іеллинекъ разсматриваетъ какъ двѣ самостоятельныя цѣли и устанавливаетъ между ними іерархическую, даже количественную градацію. Сохраненіе существованія является для общества первой и болѣе элементарной цѣлью, развитіе — второй и высшей цѣлью. Вторая цѣль обнимаетъ и первую и потому представляетъ собою нѣчто бо́льшее; первая цѣль входитъ во вторую, какъ ея составная часть, и потому представляетъ собою нѣчто меньшее.

Если мы возьмемъ, говоритъ Іеллинекъ, какое либо исторически опредѣленное общество и спросимъ, каковы тѣ нормы, соблюденіе которыхъ дѣлаетъ возможнымъ длящееся существованіе даннаго общества, то въ отвѣтъ на это мы получимъ — право этого общества. Право составляетъ часть нравственности, задача которой не только обезпечивать существованіе общества, но и споспѣшествовать его развитію. Понятно, что это будетъ часть меньшая, притомъ наименьшая, ибо безъ нея общество не могло бы существовать. На языкѣ экономистовъ то наименьшее количество матеріальныхъ средствъ, которое является необходимымъ для поддержанія жизни и при отсутствіи котораго грозитъ голодная смерть, извѣстно подъ названіемъ Existenzminimum'а. Іеллинекъ заимствуетъ экономическій терминъ и характеризуетъ право какъ Existenzminimum этическихъ нормъ. Будучи минимальными по своей цѣли и опредѣляемому ими содержанію, юридическія нормы требуютъ очевидно для своего соблюденія минимальной нравственной дѣятельности и наименѣе напряженнаго нравственнаго настроенія со стороны членовъ общества. Такимъ образомъ и со стороны своего объективнаго содержанія, и со стороны субъективнаго напряженія воли право есть ничто иное, какъ этическій минимумъ.

Чѣмъ сложнѣе и обширнѣе формы соціальныхъ отношеній между индивидами, чѣмъ разнообразнѣе тѣ цѣли, которыхъ индивиды желаютъ достигнуть чрезъ посредство общества, тѣмъ больше становится количество тѣхъ этическихъ нормъ, соблюденіе которыхъ необходимо требуется для нерушимаго удержанія болѣе сложнаго общественнаго союза. Сообразно съ этимъ размѣръ этическаго минимума мѣняется. Поэтому всякое отдѣльное общество имѣетъ свое собственное право, и право по необходимости представляетъ историческія и національныя различія. Общимъ для всякаго права является его охранительный характеръ и та пропорція, которая существуетъ между правомъ и нравственностью. Право относится къ нравственности какъ часть къ цѣлому, какъ фундаментъ къ зданію.

Что праву присуща цѣль поддерживать извѣстное состояніе общества, это не требуетъ даже спеціальнаго доказательства. Стоитъ взять любое

правоположеніе, и всегда окажется, что оно въ концѣ концовъ имѣетъ цѣлью сохраненіе какого-либо блага, существеннаго для поддержанія общества. Средства могутъ быть при этомъ избираемы самыя неподходящія, и даже самое благо въ дѣйствительности можетъ имѣть только индивидуальное, а не соціальное значеніе; тѣмъ не менѣе, въ основѣ всякаго права всегда будетъ лежать, хотя бы и ложное, представленіе о существенномъ соціальномъ значеніи охраняемаго блага и необходимости его для удержанія общества въ данномъ его состояніи. Издаетъ ли деспотъ суровыя повелѣнія, исходящія изъ его жестокой натуры и наводящія ужасъ на подвластныхъ, грозитъ ли суевѣрный и нетерпимый народъ смертью за волшебство и ересь, устанавливаетъ ли современное культурное государство подробныя законодательныя опредѣленія относительно организаціи школъ, желѣзныхъ дорогъ, банковъ и т. д., во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ, по крайней мѣрѣ по мысли законодателя, о сохраненіи существенно важнаго или принимаемаго за таковой объекта, будетъ ли то неограниченный произволъ власти, единство вѣры, жизнь, собственность, обезпеченность экономическаго оборота. Съ точки зрѣнія соціальной этики право, какъ элементъ охранительный, составляетъ минимумъ этическихъ нормъ даннаго общества, обезпечивающій неизмѣнное существованіе послѣдняго.

Нравственный характеръ права и значеніе его, какъ этическаго минимума, проявляются нагляднѣе всего, по мнѣнію Іеллинека, въ древнихъ законахъ ранней нравственности, каковы — десять заповѣдей ветхаго завѣта. Эти основныя заповѣди вводятъ безграничное по природѣ эгоистическое влеченіе въ такіе предѣлы, при которыхъ оно не представляетъ болѣе опасности для всеобще необходимыхъ соціальныхъ учрежденій и благъ. Чѣмъ дальше подвигается культурное развитіе народа, тѣмъ больше становится число нормъ, необходимыхъ для сохраненія цѣлаго и частей; вмѣстѣ съ тѣмъ расширяется и нравственный базисъ права.

Право и нравственность противополагали, какъ двѣ независимыя другъ отъ друга области, только потому, что неправильно относили нравственность исключительно въ внутреннему міру человѣка. На самомъ дѣлѣ нравственность такъ же, какъ и право, развилась не изъ абсолютной идеи долга, а изъ нравовъ, т. е. изъ этическаго обычая. Поэтому первоначально нравственность является только внѣшнимъ соблюденіемъ этическаго обычая, и только впослѣдствіи къ этому присоединилось представленіе объ извѣстномъ внутреннемъ настроеніи лица, соотвѣтствующемъ внѣшнему его поведенію. Вслѣдствіе этого нельзя сводить нравственность исключительно къ внутреннему міру человѣка и противополагать ее на этомъ основаніи праву, тѣмъ болѣе, что и современная соціальная этика ограничивается преимущественно внѣшнимъ соблюденіемъ нормъ или, по крайней мѣрѣ, считаетъ это наиболѣе важнымъ. Подобно тому, какъ нравственность отъ внѣшняго соблюденія этическаго обычая возвышается постепенно до требованія соотвѣтственнаго внутренняго душевнаго настроенія, такъ и право, требуя, правда, соблюденія только этическаго минимума, все же возвышается постепенно до требованія соотвѣтственнаго внутренняго душевнаго настроенія. Послѣднее требованіе право предъявляетъ не каждому отдѣльному индивиду при осуществленіи имъ той или другой юридической нормы, но всему обществу въ его цѣломъ и по отношенію ко всей системѣ юриди-

ческихъ нормъ. Чѣмъ болѣе проникается общество духомъ права и чувствомъ законности, тѣмъ тверже юридическій порядокъ, тѣмъ прочнѣе и устои общества.

Противъ связи, устанавливаемой между правомъ и нравственностью, выставляютъ, указываетъ Іеллинекъ, то обстоятельство, что при осуществленіи конкретныхъ правовыхъ притязаній послѣднія нерѣдко противорѣчатъ требованіямъ нравственнаго долга. Такъ, напр., кредиторъ отнимаетъ у должника по исполнительному листу его послѣднія средства и повергаетъ его этимъ въ крайнюю нищету. Кредиторъ въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ на точномъ основаніи права, и тѣмъ не менѣе поведеніе его будетъ противонравственнымъ. Чтобы устранить кажущееся противорѣчіе необходимо, разъясняетъ Іеллинекъ, всегда помнить, что право есть лишь этическій минимумъ, лишь низшая ступень нравственности. Въ данномъ случаѣ кредиторъ требуетъ должнаго и поступаетъ нравственно въ томъ смыслѣ, что взыскиваетъ только причитающееся ему и не посягаетъ на то, что ему не слѣдуетъ. Но конечно кредиторъ поступилъ бы болѣе нравственно, если-бы вошелъ въ положеніе должника и отпустилъ бы ему долгъ.

Возможно, замѣчаетъ Іеллинекъ, еще другого рода возраженіе противъ принципіальнаго объединенія права съ нравственностью. То или другое дѣйствующее право можетъ быть вреднымъ для общества, и тогда, скажутъ противники, въ немъ нельзя признавать этическаго минимума. Такое вредное для общества право, говоритъ Іеллинекъ въ опроверженіе возможнаго возраженія, является правомъ только по формѣ, а по матеріальному своему содержанію оно есть отрицаніе права или нѣчто безразличное съ точки зрѣнія права. Осуществленіе этическаго минимума представляетъ собою нормальное отношеніе права къ нравственности. Тотъ или другой законодатель можетъ его нарушать, но отъ этого оно не перестаетъ быть нормальнымъ. Мало того, нарушеніе нормальнаго отношенія права къ нравственности въ концѣ концовъ не проходитъ безнаказаннымъ для общества, — жизнь неумолимо мститъ за такое нарушеніе.

Обращаясь къ критическому разсмотрѣнію ученія Іеллинека, мы прежде всего отмѣтимъ, что полнаго признанія заслуживаетъ лежащая въ основѣ его мысль о связи, существующей между правомъ и нравственностью на почвѣ одинаковаго соціальнаго ихъ происхожденія и совмѣстнаго служенія ихъ обществу. Что же касается опредѣленія ближайшаго взаимоотношенія соціальныхъ задачъ права и нравственности, то по этому вопросу возникаютъ весьма основательныя сомнѣнія въ правильности проводимой Іеллинекомъ точки зрѣнія. Основнымъ положеніемъ теоріи Іеллинека является утвержденіе, что право служитъ исключительно обезпеченію длящагося существованія общества, удержанію его отъ распада и гибели. Этого положенія никакъ нельзя признать правильнымъ. Задача права на самомъ дѣлѣ отнюдь не ограничивается охраною существованія общества. Наряду съ охранительными правами и охранительными обязанностями правовой порядокъ объемлетъ, по справедливому замѣчанію Вундта, многочисленныя установленія, которыя можно бы назвать правами и обязанностями споспѣшествованія развитію общества. Охранѣ лица и собственности, доставляемой законодательствомъ, можно противопоставить столь важныя установленія права, какъ надзоръ за обученіемъ, положительныя мѣры къ под-

нятію матеріальнаго благосостоянія и другихъ культурныхъ потребностей, — установленія, направленныя на улучшеніе жизненныхъ условій общества. Право не только содѣйствуетъ развитію общества, но и не можетъ не преслѣдовать этой цѣли. Вѣдь всякая жизнь, слѣдовательно, и жизнь общества не можетъ оставаться неподвижной и всегда есть измѣненіе, развитіе. Право упустило бы одну изъ важнѣйшихъ задачъ своихъ, если бы не отвѣчало тѣмъ требованіямъ, которыя ставитъ это неустанное развитіе жизни. Удерживая общество status quo, право являлось бы тормазомъ развитія и осуждало бы само себя на гибель. Въ дѣйствительности право удовлетворяетъ этой потребности непрестаннаго движенія и въ государствѣ возвышается до вполнѣ сознательнаго служенія цѣлямъ нравственнаго развитія. Принимая въ соображеніе это обстоятельство, мы уже не можемъ признать, что право есть не болѣе, какъ Existenzminimum этическихъ нормъ.

Право, какъ и нравственность, служитъ не только охранѣ существованія общества, но и его развитію. Развитіе общества выражается въ моральномъ совершенствованіи людей. Нельзя не согласиться съ тѣмъ, что въ лѣстницѣ моральнаго совершенствованія человѣка право составляетъ первыя, низшія ступени. Поэтому нельзя не признать, что изложенное ученіе Іеллинека содержитъ въ себѣ нѣкоторую вѣрную мысль, именно, мысль о подчиненіи права нравственности. Этой подчиненной моральной функціи права нельзя однако свести къ одной лишь охранѣ общества и невозможно измѣрить ее количественно, какъ это пытается сдѣлать теорія этическаго минимума. Экономическое понятіе Existenzminimum'а не примѣнимо къ моральной области, не поддающейся такому количественному учету.

Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ нашло себѣ принципіальное признаніе и необходимое восполненіе со стороны извѣстнаго русскаго философа-моралиста Вл. Соловьева.

Признавая общественную организацію средствомъ для постепеннаго осуществленія моральныхъ цѣлей человѣчества, Вл. Соловьевъ связывалъ въ этомъ отношеніи право и нравственность и характеризовалъ право какъ низшій предѣлъ или опредѣленный минимумъ нравственности. Въ отличіе отъ Іеллинека Вл. Соловьевъ не говорилъ, что право есть Existenzminimum этическихъ нормъ, и такимъ образомъ не исключалъ изъ функцій права служенія развитію общества. Признаніемъ права за низшій предѣлъ нравственности не исчерпывается у Вл. Соловьева характеристика соціально-этической функціи юридическихъ нормъ. Къ этому прибавляется Вл. Соловьевымъ еще весьма важное указаніе на то обстоятельство, что право представляетъ собою требованіе реализаціи, т. е. осуществленія опредѣленнаго минимальнаго добра и, слѣдовательно, требованіе дѣйствительнаго устраненія извѣстной доли зла. Право стремится къ тому, чтобы извѣстныя вещи фактически были, и чтобы извѣстныхъ вещей фактически не было. Юридическая регламентація направлена на то, чтобы была защита отъ дикарей, чтобы они не жгли, не разоряли селъ и городовъ, чтобы лихіе люди не убивали и не грабили прохожихъ, чтобы населеніе не вымирало отъ болѣзней, чтобы были для всѣхъ доступныя условія умственнаго образованія и просвѣщенія и т. д. Однимъ словомъ, въ правѣ выдвигается на первый планъ прямая объективность моральной задачи, осуществленіе которой не ставится въ безусловную зависимость отъ внутренняго проникно-

венія идей добра въ сердце каждаго отдѣльнаго человѣка, на котораго право налагаетъ ту или другую конкретную обязанность.

Поправки Вл. Соловьева являются весьма важными и существенными: въ нихъ устраняется не соотвѣтствующее дѣйствительности раздѣленіе условій существованія и развитія общества, и подчеркивается непосредственная объективная и практическая задача права. Благодаря этому, облегчается дѣло положительнаго выясненія того взаимоотношенія, которое существуетъ между правомъ и нравственностью.

§ 12. СВЯЗЬ ПРАВА СЪ НРАВСТВЕННОСТЬЮ

A. Sutherland, The origin and growth of the moral instinct, 2 тома, 1898 г.; А. Сутерландъ, Происхожденіе и развитіе нравственнаго инстинкта, русск. перев. Н. Кончевской въ одномъ томѣ, 1900; E. Boutroux; Morale sociale, 1899; Соціальная мораль. Статьи профессоровъ свободной школы соціальныхъ наукъ въ Парижѣ, русск. перев., 1902; Dunan, Principes moraux de droit, Revue de métaphysique, 1901; П. И. Новгородцевъ, Право и нравственность, въ Сборникѣ общ. юрид. знаній подъ ред. Ю. С. Гамбарова, вып. I, 1899 г.; Л. І. Петражицкій, Теорія права и нравственности, т. I.; A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, I., 1920, §§ 1—10.

Связь права и нравственности заключается прежде всего въ единствѣ ихъ происхожденія и цѣли. И право, и нравственность порождаются условіями человѣческаго общежитія и развиваются подъ вліяніемъ измѣненій, происходящихъ въ общественной средѣ. Если мы окинемъ взглядомъ долгій процессъ общественнаго развитія, идущій отъ стадной группы звѣролововъ до современнаго намъ промышленнаго и государственнаго быта, то увидимъ, что на длинномъ его протяженіи измѣнялись и перерождались всѣ нормы соціальнаго поведенія, какъ юридическія, такъ и моральныя. И право, и нравственность стремятся къ одной и той же цѣли, — къ охранѣ существованія и къ содѣйствію развитію общества на началахъ справедливости. Вслѣдствіе этого между правомъ и нравственностью устанавливается общность содержанія. Неприкосновенность чужой личности, семейная связь, распредѣленіе имущественныхъ благъ, задача власти, отношеніе къ ней со стороны подвластныхъ, — всѣ эти основные вопросы общежитія подлежатъ одинаково и юридической, и моральной регламентаціи.

Единая соціальная задача достигается однако въ правѣ и въ нравственности различными путями. Нравственность дѣйствуетъ путемъ наложенія односторонней обязанности, право устанавливаетъ не только обязанность, но и притязаніе. Наличность притязанія создаетъ добавочный стимулъ для исполненія обязанности и обезпечиваетъ такимъ образомъ непремѣнное осуществленіе тѣхъ моральныхъ велѣній и того соціальнаго добра, которыя составляютъ содержаніе права.

Аттрибутивный характеръ права налагаетъ особый отпечатокъ на устанавливаемыя имъ обязанности. Наличность притязанія ставитъ исполненіе юридической обязанности внѣ безусловной зависимости отъ моральнаго настроенія обязаннаго лица. Такъ какъ исполненіе юридической обязанности является не только соблюденіемъ нравственнаго долга обязаннымъ,

но и удовлетвореніемъ притязанія управомоченнаго, то вполнѣ понятно, что при установленіи обязанности право не можетъ принимать въ соображеніе всѣхъ субъективныхъ особенностей обязаннаго. Поэтому всѣ юридическія обязанности устанавливаются въ общихъ типическихъ чертахъ. Исполненіе ихъ расчитано на средняго, такъ сказать, человѣка даннаго общества, и при осуществленіи ихъ не принимаются въ соображеніе субъективныя особенности обязаннаго. По той же причинѣ юридическія обязанности носятъ всегда характеръ строго опредѣленный. Опредѣленности требуетъ именно притязаніе. Установленіе неопредѣленныхъ притязаній невозможно, потому что оно привело бы къ злоупотребленію, къ эксплуатированію обязаннаго управомоченнымъ. Право стремится установить равновѣсіе въ сожитіи и сотрудничествѣ людей. Оно должно поэтому указывать каждому точные предѣлы его обязанностей и притязаній. Нравственность не знаетъ притязаній; она предписываетъ однѣ лишь обязанности и потому не ставитъ имъ никакихъ объективныхъ предѣловъ, предоставляя осуществленіе ихъ исключительно моральнымъ усиліямъ обязаннаго. Поясникъ сказанное примѣромъ. И нравственность, и право устанавливаютъ, положимъ, обязанность благотворенія. Нравственность не облекаетъ ея въ типическія формы и не полагаетъ осуществленію ея никакихъ предѣловъ. Право, разъ оно признаетъ обязанность благотворенія, немедленно облекаетъ ее въ извѣстныя типическія формы и заключаетъ въ извѣстные типичные предѣлы. Такъ, правовою обязанностью признается благотвореніе въ пользу опредѣленной категоріи лицъ, которыя по извѣстнымъ основаніямъ признаются бѣдняками; осуществленіе этой обязанности находитъ себѣ строго опредѣленное выраженіе въ уплатѣ общиннаго или государственнаго налога въ пользу бѣдныхъ. Соотвѣтственно этому за строго опредѣленной категоріей лицъ признается при извѣстныхъ точно опредѣленныхъ условіяхъ притязаніе на вспомоществованіе извѣстнаго размѣра отъ общины или государства. Съ типичностью и точною опредѣленностью неразрывно связана третья особенность юридическихъ обязанностей, — ихъ формализмъ.

Указанныя особенности вытекаютъ изъ аттрибутивнаго характера права и потому являются неизбѣжными свойствами всякой юридической обязанности. Содержаніе послѣдней совпадаетъ съ соотвѣтственной моральною обязанностью, но надѣляется при этомъ указанными выше особенностями. Тѣ моральныя обязанности, которыя не могутъ стать типическими для ственныя велѣнія, какъ заповѣдь любви, жалости, милосердія, самопожертвомулировкѣ, не подлежатъ въ силу этого превращенію въ обязанности юридическія. Не поддаются поэтому юридической регламентаціи такія нравственныя велѣнія, какъ заповѣдь любви, жалости, милосердія, самопожертвованія и т. п. Изъ нихъ нельзя вывести типической обязанности, невозможно придать имъ опредѣленный размѣръ и облечь ихъ въ извѣстныя внѣшнія формулы. Наконецъ, что всего важнѣе, невозможно надѣлять людей притязаніями на любовь, жалость, милосердіе со стороны другихъ, потому что подобныя неограниченныя и неопредѣленныя притязанія чрезмѣрно подавляли бы обязанную личность и развращали бы личность управомоченныхъ. Нечего и говорить уже о тѣхъ практическихъ затрудненіяхъ, которыя вызывались бы осуществленіемъ подобныхъ притязаній,

и о тѣхъ злоупотребленіяхъ, для которыхъ открывался бы при этомъ самый широкій просторъ.

Есть случаи, когда право повидимому устанавливаетъ обязанности, такъ сказать, безпредѣльныя. Таковы, напр., обязанности солдата и капитана корабля жертвовать своей жизнью на войнѣ и при крушеніи судна. Необходимо однако замѣтить, что и эти обязанности въ правѣ вводятся въ извѣстныя опредѣленныя рамки: законъ точно говоритъ, чего именно онъ требуетъ. Солдатъ обязанъ идти на войну и выполнять извѣстныя дѣйствія, сопряженныя съ рискомъ жизни, но не существуетъ для него юридической обязанности героическаго самопожертвованія. Если онъ принимаетъ своей грудью штыковый ударъ врага, направленный въ его товарища, онъ дѣйствуетъ въ силу нравственнаго долга самопожертвованія; юридической обязанности здѣсь нѣтъ, нѣтъ и соотвѣтственнаго притязанія.

Когда мы говоримъ, что не всѣ моральныя обязанности поддаются типическому формальному опредѣленію и потому не могутъ превратиться въ юридическія, мы этимъ не хотимъ сказать, что такія нравственныя обязанности остаются совершенно чуждыми праву. Мы указываемъ только, что онѣ не поддаются непосредственной юридической регламентаціи во всемъ ихъ объемѣ. Не переходя въ право цѣликомъ и непосредственно, эти моральныя обязанности служатъ тѣмъ не менѣе источникомъ установленія производныхъ юридическихъ обязанностей соотвѣтственнаго характера. Такъ, напр., изъ нравственной обязанности любви и милосердія выводятся юридическія обязанности защиты дѣтей, малолѣтнихъ, оказанія помощи больнымъ, нищимъ и т. д.

Какъ мы уже говорили, право ведетъ къ той же цѣли, что и нравственность, только своимъ особымъ путемъ. Своеобразіе этого пути, вызываемое практическими условіями общежитія, не нарушаетъ связи права съ нравственностью и не ставитъ его въ принципіальное противорѣчіе съ послѣдней. Юридическія обязанности являются своеобразнымъ отраженіемъ нравственныхъ обязанностей и потому не могутъ противорѣчить послѣднимъ ни въ типическомъ своемъ содержаніи, ни въ конкретномъ осуществленіи. Иначе обстоитъ дѣло съ правовыми притязаніями. Въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ осуществленіе ихъ можетъ расходиться съ требованіемъ нравственности. Приведемъ для примѣра упоминавшееся уже въ предыдущемъ параграфѣ притязаніе сытаго кредитора къ голодному должнику. Подобныя противорѣчія въ отдѣльныхъ случаяхъ являются слѣдствіемъ формализма права. Они не дѣлаютъ однако противорѣчія между правомъ и нравственностью ни принципіальнымъ, ни безвыходнымъ. Дѣло въ томъ, что притязаніе только предоставляется лицу управомоченному, но осуществленіе его не вмѣняется ему въ обязанность. Право не настаиваетъ на исполненіи всѣхъ притязаній и поэтому не становится въ принципіальное противорѣчіе съ нравственностью. Управомоченный можетъ отказаться отъ своего притязанія, и такимъ образомъ открывается выходъ изъ конкретнаго противорѣчія между установленіемъ права и велѣніемъ морали.

Не смотря на указанную связь права съ нравственностью, жизнь даетъ намъ постоянно примѣры противорѣчія между ними, и именно коренного противорѣчія между юридическою обязанностью и нравственнымъ долгомъ. Противорѣчія эти переживаются отдѣльными людьми и ставятъ ихъ

въ глубоко трагическія положенія, встрѣчаемыя въ повседневной жизни и нашедшія себѣ отраженіе въ драматической литературѣ (припомнимъ Антигону). Мы должны остановиться на этихъ противорѣчіяхъ и выяснить ихъ значеніе съ теоретической точки зрѣнія.

Противорѣчія, о которыхъ идетъ рѣчь, бываютъ троякаго рода: 1) предписанія права противорѣчатъ субъективной морали даннаго лица, 2) они противорѣчатъ морали того общественнаго класса, къ которому принадлежитъ лицо, призываемое къ исполненію опредѣленной юридической обязанности, и 3) предписанія права противорѣчатъ той морали, которую признаетъ самъ законодатель.

Первый случай отнюдь не опровергаетъ выставленнаго положенія о связи права съ нравственностью. Какъ результатъ коллективнаго творчества, право отражаетъ въ себѣ коллективную, общепринятую нравственность. Оно можетъ противорѣчить той или другой индивидуальной морали, но причина противорѣчія въ данномъ случаѣ коренится не въ принципіальной неморальности права, а въ расхожденіи данной индивидуальной морали съ общественной нравственностью, на которую опирается право.

Второй случай представляетъ полную аналогію съ первымъ, только столкновеніе индивида съ обществомъ замѣняется здѣсь столкновеніемъ различныхъ общественныхъ классовъ. Единство интересовъ объединяетъ индивидовъ въ болѣе или менѣе сплоченныя группы, или общественные классы. Между отдѣльными общественными классами существуетъ противоположность, во всякомъ случаѣ значительное различіе интересовъ. Противоположность и различіе классовыхъ интересовъ находятъ исходъ въ сознательномъ и даже безсознательномъ компромиссѣ или соглашеніи, путемъ котораго вырабатываются нѣкоторые общіе интересы для всего даннаго общественнаго союза, которые мы и назовемъ интересами общественными въ отличіе отъ классовыхъ. Въ выработкѣ общественныхъ въ этомъ смыслѣ интересовъ неизмѣнно сказывается преобладаніе однихъ общественныхъ классовъ надъ другими. Право служитъ обезпеченію общественныхъ интересовъ, и поэтому въ немъ сказывается то же преобладаніе. Та нравственность, изъ которой право черпаетъ свои принципы, будетъ нравственностью преобладающихъ въ данное время общественныхъ классовъ. Вполнѣ понятно, что при такихъ условіяхъ дѣйствующее право можетъ противорѣчить нравственнымъ представленіямъ тѣхъ общественныхъ классовъ, которые не играютъ въ данное время руководящей роли, и моральное воззрѣніе которыхъ не отражается поэтому въ дѣйствующемъ правѣ. Но въ основѣ этого противорѣчія лежитъ не безусловная противонравственность права, а столкновеніе двухъ различныхъ моральныхъ системъ, изъ которыхъ одна служитъ дѣйствительнымъ источникомъ даннаго права, а другая извнѣ взятымъ критеріемъ для сужденія о немъ.

Обратимся теперь къ послѣднему случаю, когда предписанія дѣйствующаго права противорѣчатъ той морали, которую оффиціально признаетъ самъ законодатель. Данный случай обнимаетъ собою нѣсколько разновидностей, и мы остановимся на каждой изъ нихъ въ отдѣльности.

Прежде и легче всего констатировать противорѣчіе между дѣйствующимъ правомъ и тѣмъ нравственнымъ ученіемъ, которое исповѣдуется законодателемъ и общественными классами, имѣющими преобладающее

значеніе въ процессѣ правового творчества. Никто не станетъ отрицать, что положительное право христіанскихъ государствъ въ значительной мѣрѣ противорѣчитъ оффиціально исповѣдуемой ими христіанской морали. Необходимо однако имѣть въ виду, что христіанская мораль, какъ и всякая другая альтруистическая мораль нерелигіознаго характера, представляетъ собою высокій нравственный идеалъ, къ которому люди стремятся, но который имъ не удается осуществить въ жизни. Въ каждое данное время наряду съ исповѣдуемымъ нравственнымъ идеаломъ въ обществѣ дѣйствуетъ извѣстная система положительной нравственности, являющаяся возможнымъ по условіямъ времени и мѣста осуществленіемъ идеала. Непосредственнымъ источникомъ для права служитъ именно позитивная мораль. Поэтому противорѣчіе права нравственному идеалу есть не болѣе, какъ слѣдствіе расхожденія позитивной морали съ нравственнымъ идеаломъ.

Возможны однако отдѣльные случаи противорѣчія между вновь устанавливаемымъ правоположеніемъ и той позитивной моралью, которая дѣйствуетъ въ данномъ обществѣ. Это будутъ случаи отдѣльныхъ ошибокъ или нравственнаго паденія законодателя; они всегда возможны, но неминуемо влекутъ за собой отрицательныя послѣдствія для общественной жизни, которыя подтверждаютъ лишь необходимость связи права съ нравственностью.

Наконецъ, гораздо болѣе часты случаи противорѣчія нравственности со стороны старыхъ, давно дѣйствующихъ положеній права. Жизнь неустанно идетъ впередъ, измѣняются общественныя условія, и вмѣстѣ съ ними измѣняются нравственныя воззрѣнія общества. Правовое творчество не всегда поспѣваетъ за этимъ поступательнымъ движеніемъ жизни, нерѣдко отстаетъ отъ него, и такимъ образомъ возникаютъ коллизіи между повышеннымъ нравственнымъ уровнемъ общества и его отсталымъ правомъ. Эти коллизіи даютъ толчокъ измѣненіямъ въ области права и содѣйствуютъ возведенію его на уровень нравственныхъ воззрѣній общества.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что во всѣхъ случаяхъ существуетъ неразрывная связь между правомъ и тѣми нравственными нормами, которыми руководится данное общество. Связь эта проявляется въ заимствованіи правомъ изъ нравственности критерія для установленія обязанностей и притязаній. Опираясь такимъ образомъ на нравственность, право въ то же время содѣйствуетъ нравственному воспитанію общества. Обезпечивая объективное осуществленіе извѣстнаго добра и допуская даже принудительное осуществленіе обязанности, право дисциплинируетъ общество и пріучаетъ неустойчивую волю къ исполненію долга. Связь между правомъ и нравственностью проявляется такимъ образомъ не только въ одностороннемъ воздѣйствіи нравственности на право, но и въ ихъ обоюдномъ взаимодѣйствіи.

ГЛАВА III. ПРАВО ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ И ВЪ СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ

§ 13. ОБЪЕКТИВНАЯ И СУБЪЕКТИВНАЯ СТОРОНА ВЪ ПРАВѢ

E. Hölder, Ueber objektives und subjektives Recht, 1893; E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd., 1894, S. 145 flg.; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III Bd., 1906, II. Buch, VII Kap.; A. Nicol-Speyer, Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911; R. Loening, Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, 1907; Н. М. Коркуновъ, Лекціи, § 22; Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, т. II, изд. 2-ое, § 22.

Обыденная рѣчь знаетъ два существенно различныхъ значенія слова и понятія «права». Съ одной стороны, правомъ мы называемъ правило, норму, регулирующую наши поступки, или совокупность этихъ нормъ: съ другой стороны, подъ правомъ мы понимаемъ предоставленную намъ нормою возможность совершить то или другое дѣйствіе или притязать на совершеніе дѣйствія другими или на воздержаніе ихъ отъ дѣйствія. Въ первомъ смыслѣ мы говоримъ, что право устанавливаетъ собственность, опредѣляетъ заключеніе и исполненіе договоровъ, регулируетъ семейныя отношенія, опредѣляетъ составъ Государственной Думы и т. п. Во второмъ смыслѣ мы говоримъ, что собственникъ имѣетъ право владѣть, пользоваться и распоряжаться принадлежащей ему вещью, кредиторъ имѣетъ право на полученіе съ должника капитальной суммы долга и процентовъ, мужъ имѣетъ право требовать, чтобы жена жила вмѣстѣ съ нимъ, единственный сынъ имѣетъ право наслѣдовать все имущество своего отца, умершаго безъ завѣщанія, чиновникъ имѣетъ право на положенное по штату содержаніе, самостоятельный квартиронаниматель, уплачивающій квартирный налогъ, имѣетъ право участвовать въ выборахъ въ Государственному Думу и т. п.

Двоякому употребленію и пониманію слова «право» въ разговорной рѣчи соотвѣтствуютъ двѣ различаемыя наукою стороны права: объективная и субъективная. Подъ правомъ въ объективномъ смыслѣ понимается юридическая норма или совокупность юридическихъ нормъ. Послѣднія, какъ намъ уже извѣстно, устанавливаютъ обязанности и вмѣстѣ съ тѣмъ надѣляютъ лицо, на котораго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должна быть направлена обязанность, притязаніемъ на ея исполненіе. Притязаніе, которымъ

надѣляетъ насъ норма права, представляетъ собою право въ субъективномъ смыслѣ.

И юридическая норма, и юридическое притязаніе обозначаются почти во всѣхъ европейскихъ языкахъ однимъ и тѣмъ же словомъ; таковы: русское и вообще славянское «право», лат. ius, нѣм. Recht, франц. droit. Въ виду наличности одного термина съ двоякимъ значеніемъ необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ его употребленія отдавать себѣ отчетъ въ томъ, какой смыслъ мы ему придаемъ, — объективный, т. е. предметный, внѣ лица стоящій смыслъ нормы, или же субъективный, т. е. личный, пріуроченный къ опредѣленному лицу смыслъ притязанія. Англійскій языкъ располагаетъ двумя различными словами для обозначенія объективнаго и субъективнаго права: первое выражается терминомъ law, второе — right.

Дѣйствіе юридической нормы на лицо не исчерпывается присвоеніемъ притязанія, но неизбѣжно объемлетъ собою и установленіе обязанности, наличность которой на одной сторонѣ необходима для возникновенія притязанія на другой сторонѣ. Поэтому, хотя право въ субъективномъ смыслѣ, или субъективное право, въ тѣсномъ значеніи этого слова обозначаетъ притязаніе, необходимо однако помнить, что вообще субъективная сторона права выражается не въ одномъ лишь притязаніи, но въ сочетаніи обязанности и притязанія, что вполнѣ соотвѣтствуетъ извѣстному намъ двустороннему характеру юридической нормы. Изъ сочетанія обязанности и притязанія образуется юридическое отношеніе между двумя лицами.

Съ объективной стороны право представляется намъ какъ норма, съ субъективной стороны — какъ юридическое отношеніе.

Объективная и субъективная стороны права составляютъ два неизбѣжно сопутствующихъ другъ другу момента какъ въ процессѣ мышленія о правѣ, такъ и въ процессѣ правомѣрнаго поведенія. Разъ право есть норма, регулирующая поведеніе людей въ обществѣ путемъ распредѣленія обязанностей и притязаній, то мы не можемъ мыслить его иначе какъ въ сочетаніи двухъ представленій о немъ, — какъ о нормѣ (объективная сторона права) и какъ о вытекающихъ изъ нея обязанностяхъ и притязаніяхъ (субъективная сторона права). Точно также, когда мы осуществляемъ какую либо юридическую обязанность или юридическое притязаніе (субъективная сторона права), мы опредѣляемъ себя къ дѣйствію по представленію нормы юридически должнаго (объективная сторона права).

Объективная и субъективная стороны права обособленно другъ отъ друга не существуютъ и находятся другъ къ другу не въ причинномъ, но въ коррелативномъ взаимодѣйствіи. Мы говоримъ, что изъ юридической нормы неизбѣжно вытекаютъ обязанности и притязанія, и что обязанность и притязаніе неизбѣжно наводитъ насъ на существованіе юридической нормы. Этимъ мы отнюдь не желаемъ сказать, что объективное право есть причина, порождающая право субъективное, или же, напротивъ того, субъективное право есть причина установленія нормы. Мы только констатируемъ неизбѣжность сочетанія обѣихъ сторонъ права какъ въ томъ случаѣ, когда мы въ нашемъ разсужденіи отправляемся отъ объективной нормы права, такъ и въ томъ случаѣ, когда исходной точкой для насъ служатъ субъективныя обязанности и притязанія.

Въ виду такой неразрывности объективной и субъективной сторонъ права нельзя смотрѣть на объективное право, какъ на отвлеченіе отъ двусторонникъ юридическихъ отношеній, которыя будто бы одни конкретно существуютъ въ видѣ психическихъ переживаній обязанности и притязанія (Бирлингъ). Такое воззрѣніе неправильно потому, что въ каждомъ правовомъ переживаніи и дѣйствіи индивида имѣется и субъективный моментъ своеобразнаго опредѣленія волц къ дѣйствію, и объективный моментъ наличности нормы, какъ внѣшняго критерія для оцѣнки дѣйствія. Тѣмъ менѣе можно считать объективную сторону права проекціей и фантазмомъ, какъ это дѣлаетъ Л. І. Петражицкій, точку зрѣнія котораго на данный вопросъ мы изложили и подвергли критикѣ выше, въ § 6.

Въ виду неразрывности объективной и субъективной сторонъ права невозможно, казалось бы, ставить вопросъ о томъ, какая изъ нихъ пред- Коркуновъ, Ленингъ и др.), и разрѣшается въ томъ смыслѣ, что субъектакой вопросъ ставится, къ тому же крупными учеными (каковы: Іерингъ, Коркуновъ, Ленингъ и др.), и разрѣшается въ томъ смыслѣ, что субъективное понятіе права признается исторически болѣе древнимъ, чѣмъ право объективное. Въ качествѣ основанія для такого рѣшенія вопроса приводятъ то обстоятельство, что развитіе права начинается съ судебныхъ рѣшеній, въ которыхъ формулируются и защищаются субъективныя права. Древній судъ не примѣняетъ къ частному случаю существующей уже общей нормы, но для каждаго частнаго случая творитъ новое право, и только путемъ постепеннаго и медленнаго процесса обобщенія частныхъ рѣшеній, устанавливающихъ субъективныя права, слагаются со временемъ и общія объективныя нормы права, которыя къ тому же на первыхъ порахъ представляютъ весьма невысокую степень обобщенія. Такой порядокъ развитія вполнѣ соотвѣтствуетъ, замѣчаютъ сторонники указаннаго мнѣнія, общему психологическому закону, въ силу котораго единичное представленіе о правѣ должно предшествовать общему представленію о немъ. Не трудно замѣтить слабую сторону этого мнѣнія, дѣлающую его непріемлемымъ. Она заключается въ смѣшеніи объективнаго съ общимъ и отвлеченнымъ и субъективнаго съ единичнымъ и конкретнымъ. Несомнѣнно, что развитіе права идетъ отъ единичнаго и конкретнаго къ общему и отвлеченному, но столь же несомнѣнно, что и въ первоначальной казуистической формулировкѣ права неизбѣжно сочетаются и представленіе о нормѣ, и представленіе объ обязанности и притязаніи, т. е. и объективная, и субъективная стороны права.

Подтвержденіемъ того, что ученіе объ историческомъ пріоритетѣ субъективнаго права основано на смѣшеніи объективнаго съ общимъ и субъективнаго съ единичнымъ, служитъ и то обстоятельство, что приверженцы этого ученія предлагаютъ замѣнить общепринятые термины «объективное право» и «субъективное право» новыми названіями: «абстрактное право» и «конкретное право» (Ленингъ, также Беккеръ, раньше Пухта). Подобную замѣну нельзя признать допустимой, такъ какъ понятіе объективнаго не тождественно съ понятіемъ абстрактнаго, и понятіе субъективнаго не тождественно съ понятіемъ конкретнаго. Конкретная, казуистическая норма права все же является объективнымъ представленіемъ права, а абстрактное

юридическое отношеніе все же составляетъ субъективную сторону права, но никакъ не наоборотъ.

Изъ сказаннаго ясно, что ученія о генетическомъ пріоритетѣ субъективнаго права нельзя опровергать утвержденіемъ, что этотъ пріоритетъ принадлежитъ объективному праву (какъ это дѣлаетъ Шершеневичъ). Объективное право въ качествѣ нормы, не подлежащей субъективизаціи, т. е. приложенію къ лицу, является логически невозможнымъ.

§ 14. ЮРИДИЧЕСКІЯ НОРМЫ

E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd., 1894, S. 71—144; Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, 1908, S. 677—684, 712—719; A. Nicol-Speyer, Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911, Buch A., II Abschnitt; Н. М. Коркуновъ, Лекціи, §§ 23—24; Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, т. II, 2-ое изд., §§ 23—24; І. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, 1914, с. 250—265; A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht, I., Die theoretische Grundlegung, 1920, § 14.

I. Юридическія нормы представляютъ собою правила поведенія индивидовъ въ обществѣ. Возникаетъ вопросъ о томъ, каковъ внутренній характеръ этихъ правилъ, и въ зависимости отъ этого, какова функція юридическихъ нормъ въ дѣлѣ регулированія соціальнаго поведенія индивидовъ. Вопросъ этотъ разсматривался еще римскими юристами, и рѣшеніе его послѣдними воздѣйствовало на соотвѣтственное ученіе западно-европейской теоріи права чуть ли не до нашихъ дней.

Цицеронъ (въ De legibus) характеризовалъ юридическія нормы, какъ велѣнія и запреты (iussa ac vetita populorum). Риторъ Квинтиліанъ (I в. по Р. Хр.) упускалъ велѣніе, но зато относилъ къ функціямъ права кромѣ запрета еще воздаяніе, ограниченіе (собств. отнятіе), наказаніе и дозволеніе (lex omnis aut tribuit aut adimit aut punit aut vetat aut permittit, — Quintil. inst. orat. VII, 5). Юристъ III в. по Р. Х. Модестинъ объединилъ приведенныя мнѣнія и отнесъ къ функціямъ юридической нормы: велѣніе, запретъ, дозволеніе и наказаніе (legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire, — Modestin in l. 7 D. de leg. 1,3). Формула Модестина стала школьной традиціей и сохранилась въ неприкосновенности вплоть до XIX вѣка. Только Савиньи подвергъ ее критикѣ и этимъ положилъ начало самостоятельному многократно поднимавшемуся разсмотрѣнію вопроса о характерѣ и функціяхъ юридическихъ нормъ.

Новое разсмотрѣніе вопроса выразилось прежде всего въ устраненіи плеоназмовъ изъ формулы Модестина. Въ первую очередь признано было излишнимъ выдѣленіе карательной функціи юридическихъ нормъ въ качествѣ якобы самостоятельной. Убѣдились, что карательная функція не имѣетъ самостоятельнаго значенія, но является лишь придаткомъ къ предварительному велѣнію или запрету; къ тому же карательныя нормы содержатъ въ себѣ въ концѣ концовъ велѣніе, обращенное къ судьямъ и предписывающее имъ примѣнить въ опредѣленномъ случаѣ опредѣленное

наказаніе. Далѣе обращено было вниманіе на то обстоятельство, что запретъ есть не иное что, какъ велѣніе чего либо не дѣлать; слѣдовательно, нѣтъ основанія на ряду съ повелительной функціей ставить еще и запретительную. Послѣ очистки отъ плеоназмовъ въ традиціонной формулѣ остались лишь двѣ функціи юридическихъ нормъ: велѣніе и дозволеніе, или какъ стали говорить юристы новаго времени, — предоставленіе.

По поводу оставшихся двухъ функцій мнѣнія теоретиковъ права раздѣлились: одни признаютъ наличность обѣихъ функцій, другіе исключаютъ дозволеніе и сводятъ дѣйствіе юридическихъ нормъ къ одной лишь функціи, — къ велѣнію.

Признающіе наличность обѣихъ функцій полагаютъ при этомъ, что обѣ функціи проявляются раздѣльно, такъ что въ объективномъ правѣ имѣются, по ихъ мнѣнію, два порядка нормъ, — повелительныя и дозволительныя, или предоставительныя, каковы, нпр., — должникъ обязанъ возвратить кредитору занятую сумму, и собственникъ имѣетъ право свободно распоряжаться принадлежащей ему вещью. Признаніе двухъ параллельныхъ видовъ юридическихъ нормъ вызвало въ свою очередь вопросъ о томъ, какой изъ нихъ является болѣе важнымъ и, такъ сказать, основнымъ по своему значенію для правовой регламентаціи соціальнаго поведенія индивидовъ. И по данному вопросу мнѣнія раздѣлились: одни признаютъ основное значеніе за повелительными нормами, другіе — за дозволительными. По мнѣнію первыхъ, основная задача права заключается въ повелительномъ установленіи обязанностей, и только, благодаря наличности обязанностей для однихъ индивидовъ, могутъ возникать дозволенія, или предоставленія, или полномочія для другихъ. По мнѣнію вторыхъ, напротивъ того, первичная задача права заключается въ надѣленіи индивидовъ особыми полномочіями для свободнаго проявленія ихъ дѣятельности въ обществѣ; необходимость признанія и уваженія этихъ полномочій другими и ведетъ къ установленію для послѣднихъ обязанностей непрепятствованія и даже содѣйствія.

Въ полную противоположность только что приведенному разногласію высказывается мнѣніе (Н. М. Коркуновымъ), что дозволеніе отнюдь не является существенной функціей объективнаго права, и что встрѣчающіяся въ законодательныхъ постановленіяхъ дозволенія являются ничѣмъ инымъ, какъ своеобразной формой выраженія велѣнія. Въ этомъ смыслѣ дозволеніе законодателя можетъ выступать въ четырехъ видахъ: 1) какъ отмѣна прежняго запрета, 2) какъ редакціонное вступленіе къ изложенію отдѣльныхъ запретовъ («всякому дозволяется то-то и то-то», затѣмъ рядъ статей, перечисляющихъ случай, которые «изъ сего изъемлются»), 3) какъ возложеніе на обязаннаго еще особой обязанности опредѣлить конкретную надобность исполненія опредѣленнаго велѣнія (нпр., полиція можетъ при извѣстныхъ условіяхъ требовать содѣйствія войскъ), и 4) какъ установленіе альтернативной обязанности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствительное содержаніе юридической нормы составляетъ велѣніе, и именно: 1) велѣніе объ отмѣнѣ прежней нормы, 2) велѣніе о подчиненіи частнымъ запрещеніямъ, къ установленію которыхъ и сводится весь смыслъ юридической нормы даннаго вида, 3) велѣніе объ исполненіи особой обязанности при наличности условій, наступленіе которыхъ должно быть констатировано

самимъ обязаннымъ, и 4) велѣніе выполнить одно изъ предписанныхъ на выборъ дѣйствій.

Для того, чтобы разобраться въ вопросѣ о функціяхъ юридической нормы, вызывающемъ столько разногласія, необходимо поглубже вникнуть въ самую сущность этого вопроса. Функціей юридической нормы является ея воздѣйствіе на поведеніе людей въ обществѣ. Достигается это воздѣйствіе не иначе какъ путемъ мотиваціоннаго дѣйствія на психику индивида, — путемъ связыванія его воли. Слѣдовательно, при рѣшеніи вопроса о характерѣ функціи юридической нормы надлежитъ принимать въ соображеніе не ту или другую редакціонную форму правоположеній въ законодательныхъ актахъ, а своеобразную природу воздѣйствія юридической нормы на психику индивида. Съ этой точки зрѣнія совершенно правъ былъ Коркуновъ, когда наличности статей дозволительнаго характера въ законодательныхъ постановленіяхъ не призналъ достаточнымъ основаніемъ для выдѣленія особой категоріи дозволительныхъ нормъ. Не правъ былъ однако Коркуновъ въ томъ отношеніи, что ограничивалъ дѣйствіе юридической нормы установленіемъ одной лишь обязанности. Мы знаемъ, что юридическая норма носитъ двусторонній характеръ (см. § 6), выражающійся какъ въ установленіи обязанности, такъ и въ надѣленіи притязаніемъ. Сообразно этому двустороннему характеру и долженъ быть рѣшенъ вопросъ о функціи юридической нормы.

Установленіе обязанности есть не что иное, какъ велѣніе исполнить нѣчто, но надѣленіе притязаніемъ не имѣетъ такого повелительнаго значенія. Притязаніе не вмѣняется лицу повелительно въ обязанность, а лишь предоставляется ему въ видѣ дозволенія использовать исполненіе обязанности другого лица. Правда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ публичномъ правѣ (о чемъ будетъ рѣчь ниже, въ § 26) осуществленіе притязанія вмѣняется лицу въ обязанность, но и въ этихъ случаяхъ надѣленіе притязаніемъ отличается отъ установленія обязанности. Установленіе обязанности есть простое велѣніе дѣйствовать опредѣленнымъ образомъ при помощи наличныхъ у индивида силъ и средствъ. Надѣленіе притязаніемъ всегда есть предоставленіе индивиду совершенно особой независимой отъ его личныхъ силъ и средствъ возможности дѣйствовать, пользуясь закрѣпленнымъ за нимъ долгомъ другого лица. Такъ какъ установленіе обязанности и надѣленіе притязаніемъ неизмѣнно сопутствуютъ другъ другу въ области права, то, слѣдовательно, и функція юридической нормы представляется двойственной, — повелительно-предоставительной. Нельзя противопоставлять нормы повелительныя и дозволительныя другъ другу какъ двѣ будто бы обособленныя категоріи, потому что всякая юридическая норма имѣетъ двойственный, повелительно-предоставительный характеръ. Какъ бы ни формулировалось правоположеніе въ законодательствѣ, существенная функція его, какъ нормы, остается неизмѣнно все та же.

Если отправляться не отъ мотиваціоннаго дѣйствія юридической нормы на психику индивида, а отъ редакціонныхъ выраженій законодателя, то можно прійти не только къ противопоставленію повелительныхъ и дозволительныхъ нормъ, но и къ установленію цѣлаго ряда иныхъ мнимыхъ разновидностей юридическихъ нормъ, что и замѣчаемъ въ дѣйствитель-

ности у различныхъ теоретиковъ права. Считая безцѣльнымъ разсматривать подобныя классификаціи исчерпывающимъ образомъ, мы остановимся только на двухъ весьма часто приводимыхъ видахъ нормъ, именно, — на нормахъ описательныхъ и опредѣлительныхъ. Говорятъ, будто описаніе и опредѣленіе можетъ тоже служить самостоятельнымъ содержаніемъ юридической нормы, потому что описанія и опредѣленія встрѣчаются въ статьяхъ закона. Нпр., ст. 106 Основныхъ Законовъ говоритъ: «Государственный Совѣтъ и Государственная Дума пользуются равными въ дѣлахъ законодательства правами», или Улож. о Нак. ст. 10 гласитъ: «Преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало предномѣренное виновнымъ или же иное отъ его дѣйствій зло». Обѣ эти нормы, представляющія по формѣ выраженія одна описаніе, другая — опредѣленіе, на самомъ дѣлѣ ничѣмъ не отличаются отъ всѣхъ другихъ юридическихъ нормъ, какъ бы онѣ ни были выражены, и имѣютъ общій съ ними повелительно-предоставительный характеръ. Опредѣленіе совершенія преступленія въ законѣ не есть логическое сужденіе, но установленіе должнаго взгляда на этотъ вопросъ, согласно которому повелѣвается считать преступленіе совершившимся только при наличности указанныхъ въ законѣ признаковъ, и предоставляется подсудимому притязаніе на то, чтобы отвѣчать за совершеніе преступленія только при тѣхъ же условіяхъ. Точно также описательная статья Основныхъ Законовъ о правахъ Государственнаго Совѣта и Государственной Думы въ дѣлѣ законодательства представляетъ собою не констатированіе факта какимъ либо наблюдателемъ нашихъ государственныхъ порядковъ, а установленіе нормы должнаго взаимоотношенія правъ законодательныхъ палатъ; норма эта содержитъ въ себѣ опредѣленное велѣніе.

Въ завершеніе разсматриваемаго вопроса отмѣтимъ еще своеобразную попытку нѣкоторыхъ ученыхъ выдѣлять особую отрицающую функцію юридическихъ нормъ. Нѣкоторыя положенія права, говоритъ Регельсбергеръ (имѣя за собою Теля, Биндинга и нѣк. др.), опредѣляютъ только то, что извѣстныя фактическія отношенія или вовсе не производятъ юридическаго дѣйствія, или не производятъ опредѣленнаго юридическаго дѣйствія. Потребность въ такихъ отрицающихъ нормахъ появляется тогда, когда извѣстное событіе заключаетъ въ себѣ всѣ элементы отношенія, снабженнаго юридическими послѣдствіями, и потому, если бы право не отрицало этихъ послѣдствій, то они непремѣнно наступили бы. Сюда относятся, напр., изъ римскаго права запрещеніе даренія между супругами, безнаказанность кражи, совершенной родственниками въ нисходящей линіи у родственниковъ въ линіи восходящей. Ближайшее разсмотрѣніе этихъ «отрицающихъ нормъ» (verneinende Normen) показываетъ однако, что онѣ содержатъ запреты, дѣйствительность которыхъ поддерживается непризнаніемъ юридическихъ послѣдствій за дѣйствіями, совершенными вопреки запрету. Дальнѣйшій анализъ легко покажетъ, что и отрицающія нормы обладаютъ общимъ повелительно-дозволительнымъ характеромъ.

II. Юридическія нормы устанавливаютъ обязанности и притязанія. Право не дѣлитъ однако людей на двѣ противоположныя категоріи такъ,

чтобы на однихъ только налагались обязанности, а другимъ присваивались бы одни притязанія. Всякій человѣкъ призывается къ исполненію обязанности и надѣляется притязаніемъ, смотря по особенностямъ тѣхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя онъ становится въ разное время и при различныхъ обстоятельствахъ къ другимъ людямъ. Соотвѣтственно этому въ логическомъ строеніи юридической нормы различаются двѣ части. Одна часть опредѣляетъ тѣ условія, при наличности которыхъ возникаютъ взаимныя обязанности и притязанія между двумя лицами, вторая часть устанавливаетъ самыя обязанность и притязаніе. Первая часть юридической нормы называется гипотезой (предположеніемъ), вторая — диспозиціей (распоряженіемъ).

Наличность гипотезы въ составѣ юридической нормы приводитъ нѣкоторыхъ теоретиковъ права къ мысли, что юридическія нормы представляютъ собою вообще и въ диспозитивной своей части условныя сужденія. Безусловныхъ юридическихъ нормъ нѣтъ съ этой точки зрѣнія. Даже такая безусловная съ нравственной точки зрѣнія норма, говоритъ Коркуновъ, какъ запретъ посягать на неприкосновенность человѣческой жизни, въ качествѣ юридической нормы не безусловна. Большинство интересовъ должны, правда, уступать интересу сохраненія жизни, но не всѣ. Въ случаяхъ необходимой обороны, на войнѣ, при осуществленіи карательной власти государства лишеніе жизни допускается правомъ.

Въ противоположность этому другіе теоретики права (Бирлингъ, Петражицкій) придерживаются того мнѣнія, что не всѣ юридическія нормы представляютъ собою условныя (гипотетическія) распоряженія, и что въ составѣ объективнаго права имѣются какъ условныя нормы, такъ и безусловныя (категорическія). Имѣя въ виду приведенный Коркуновымъ примѣръ юридической условности нормы «не убій», Петражицкій опровергаетъ этотъ примѣръ слѣдующимъ образомъ. Фактически, говоритъ онъ, въ психикѣ нормально воспитанныхъ людей, не занимающихся ремесломъ палачей или т. п., норма объ убійствѣ имѣетъ категорическій характеръ. Что же касается допущенія со стороны положительнаго права смертной казни, убійства на войнѣ и т. п. (пока таковое допущеніе существуетъ), то дѣло идетъ не о гипотетическомъ характерѣ нормы, запрещающей убійство, а о существованіи особыхъ исключеній изъ соотвѣтственнаго общаго принципа. Далѣе, въ качествѣ примѣровъ категорическихъ нормъ цивилизованнаго права Петражицкій приводитъ нормы, не допускающія пытокъ, истязаній, т. н. квалифицированной смертной казни (напр., распятія на крестѣ, залитія горла расплавленнымъ металломъ, четвертованія, колесованія и пр.), изнасилованія, подлоговъ, порабощенія людей и торговли ими. Двойственный составъ изъ гипотезы и диспозиціи свойственъ только условнымъ (гипотетическимъ) нормамъ. Что же касается нормъ безусловныхъ (категорическихъ), то онѣ состоятъ изъ одной лишь диспозиціи.

Оба приведенныя мнѣнія основаны на неправильномъ пониманіи гипотезы юридической нормы и гипотетичности, т. е. предположительности, самой этой нормы. Гипотеза юридической нормы отнюдь не имѣетъ въ виду обусловить или ограничить дѣйствіе нравственныхъ принциповъ въ правѣ, о чемъ споритъ съ Коркуновымъ Петражицкій. Задача гипотезы совсѣмъ иная, — указать тѣ условія, при которыхъ возникаетъ отношеніе

между двумя лицами, между которыми диспозиція распредѣляетъ обязанности и права. Гипотеза намѣчаетъ условія выдѣленія изъ общей массы людей той пары индивидовъ, между которыми диспозиція устанавливаетъ юридическое отношеніе. Въ этомъ именно смыслѣ всѣ юридическія нормы гипотетичны, т. е. всѣ онѣ отправляются отъ предположенія о возможномъ въ будущемъ положеніи пары лицъ, которое должно служить основаніемъ для объединенія ихъ юридическою связью обязанности и притязанія.

Гипотеза можетъ быть выражена или въ общей, абстрактной формѣ, или въ частной, конкретной, казуистической. Въ ранніе періоды исторіи права вслѣдствіе неразвитости обобщающей силы мышленія господствуетъ казуистическая форма гипотезы. Съ ростомъ обобщающаго мышленія казуистическая гипотеза замѣняется постепенно абстрактной, пока въ концѣ концовъ совсѣмъ почти не вытѣсняется ею. Сопоставляя юридическіе памятники разныхъ эпохъ, можно легко прослѣдить, какъ одна и та же правовая мысль постепенно переходитъ отъ предположенія частнаго случая къ предположенію случая отвлеченнаго, типическаго. Такъ, напр., въ Русской Правдѣ мы читаемъ: «А кто конь купитъ княжь бояринъ или купецъ или сирота (sc. зависимый земледѣлецъ), а будетъ въ конѣ червь или проѣсть, а то пойдетъ къ осподарю, у кого будетъ купилъ; а тому свое серебро взяти опять». Въ приведенной статьѣ содержится мысль о поворотѣ сдѣлки купли-продажи въ случаѣ обнаруженія скрытаго недостатка вещи. Древній юристъ выразилъ ее къ конкретной формѣ частнаго случая, причемъ избралъ несомнѣнно весьма частый и въ современномъ быту случай скрытыхъ недостатковъ продаваемаго скота. Законодательный памятникъ новаго времени выражаетъ ту же мысль въ абстрактной формѣ слѣдующимъ образомъ: «Продавецъ отвѣтствуетъ за скрытые недостатки проданной вещи, дѣлающіе ее негодною къ тому употребленію, для котораго она предназначена, или уменьшающіе годность ея до такой степени, что покупщикъ не пріобрѣлъ бы ея или далъ бы за нее меньшую цѣну, если бы зналъ объ этихъ недостаткахъ... (Въ такомъ случаѣ) покупщикъ имѣетъ право, по своему выбору, или возвратить вещь и потребовать возвращенія цѣны ея, или оставить вещь за собою и требовать возвращенія части цѣны по опредѣленію свѣдущихъ людей» (ст. 1641 и 1644 франц. Гражд. Код.).

Гипотезы юридическихъ нормъ различаются еще по степени опредѣленности ихъ выраженія. Въ этомъ отношеніи онѣ дѣлятся на безусловно-опредѣленныя, неопредѣленныя и относительно-опредѣленныя.

Безусловно-опредѣленная гипотеза строго и точно устанавливаетъ тѣ фактическія условія, при наличности которыхъ выдѣляется пара лицъ, которыхъ диспозиція связываетъ соотвѣтственными обязанностями и притязаніемъ. Примѣръ: Если продавецъ потерпѣлъ убытокъ болѣе чѣмъ на $^7/_{12}$ частей въ цѣнѣ недвижимаго имущества, то онъ имѣетъ право требовать уничтоженія продажи...» (франц. Гражд. Код., ст. 1674).

Неопредѣленная гипотеза имѣется тогда, когда опредѣленіе фактическаго состава предположенія предоставляется рѣшенію опредѣленнаго государственнаго органа. Предоставляемая въ данномъ случаѣ послѣднему власть

опредѣлять наступленіе фактическаго предположенія нормы называется дискреціонною, или по-русски усмотрѣніемъ. Примѣръ: «отъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ зависитъ какъ по жалобѣ, такъ и по непосредственному усмотрѣнію, сдѣлать распоряженіе о дополненіи, измѣненіи или отмѣнѣ какихъ либо изъ изданныхъ (губернаторами) постановленій» (Св. Зак., т. II, Общ. Учр. Губ., ст. 428).

Относительно-опредѣленная гипотеза подобно неопредѣленной предоставляетъ опредѣленіе фактическаго состава предположенія дискреціонной власти государственнаго органа, но при этомъ ограничиваетъ это усмотрѣніе какимъ либо предварительнымъ условіемъ. Примѣръ: «Несовершеннолѣтнимъ и лицамъ женскаго пола доступъ въ засѣданіе суда можетъ быть воспрещенъ по распоряженію Предсѣдателя, когда этого требуетъ свойство разсматриваемаго дѣла или отдѣльныхъ судебныхъ дѣйствій.» (Уст. Уголовн. Судопр., ст. 620[1]).

При казуистической гипотезѣ диспозиція получаетъ казуистическую форму; точно также абстрактной гипотезѣ неизбѣжно соотвѣтствуетъ абстрактная диспозиція. Въ этомъ можетъ убѣдить насъ приведенный выше примѣръ постановленій Русской Правды и франц. Гражд. Кодекса по вопросу о поворотѣ сдѣлки изъ за скрытыхъ недостатковъ проданной вещи.

Опредѣленность диспозиціи не зависитъ отъ формы гипотезы. По степени опредѣленности формулировки различаются диспозиціи безусловно-опредѣленныя, неопредѣленныя и относительно-опредѣленныя.

Безусловно-опредѣленная диспозиція точно опредѣляетъ обязанность и притязаніе, т. е. поведеніе сторонъ. Примѣръ: «Если заемщикъ не отдаетъ ни занятыхъ вещей, ни ихъ стоимости въ назначенный срокъ, то на долговое обязательство наростаютъ проценты со дня предъявленія иска.» (Франц. Гражд. Код. ст. 1904).

Неопредѣленная диспозиція предоставляетъ опредѣленіе обязанности и притязанія органу государственной власти или частнымъ лицамъ, участникамъ юридическаго отношенія. Примѣры: 1) Полицейскіе чины должны «принимать всѣ зависящія отъ нихъ мѣры, дабы законы и особыя повелѣнія правительства были достаточно и въ надлежащее время извѣстны тѣмъ, кои обязаны исполненіемъ оныхъ» (Св. Зак. т. II, Общ. Учр. губ., ст. 724). 2) «Продавецъ обязанъ передать предметъ въ томъ объемѣ, какой обозначенъ въ договорѣ» (франц. Гражд. Код. ст. 1616). — При предоставленіи опредѣленія обязанности и притязанія частнымъ лицамъ, участникамъ юридическаго отношенія, не можетъ быть увѣренности въ томъ, что эти лица не преминутъ сдѣлать соотвѣтственное опредѣленіе. Въ виду этого неопредѣленная диспозиція сопровождается еще и опредѣленной диспозиціей, подлежащей исполненію въ случаѣ, если стороны сами не установили взаимныхъ обязанности и притязанія. Примѣръ: Передача проданной вещи должна быть произведена въ томъ мѣстѣ, въ которомъ находился продаваемый предметъ во время продажи, если не было постановлено иначе. Нормы этого рода называются диспозитивными. Отношеніе неопредѣленной диспозиціи къ опредѣленной въ нормахъ этого рода хорошо выражено въ извѣстной древне-германской юридической поговоркѣ: Willkür bricht Recht (свободное усмотрѣніе ломаетъ право). Нормы, ко-

торыя снабжены безусловно опредѣленной диспозиціей и не допускаютъ возможности замѣны ея произвольнымъ установленіемъ сторонъ, называются прецептивными. Ярко выраженный примѣръ прецептивной нормы: «Супруги обязаны жить вмѣстѣ. Посему строго воспрещаются всякіе акты, клонящіеся къ самовольному разлученію супруговъ» (Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 103).

Относительно-опредѣленная диспозиція предоставляетъ точное установленіе объема обязанности и притязанія свободному усмотрѣнію органа государственной власти или сторонъ, но ограничиваетъ эту свободу либо извѣстнымъ минимумомъ обязанности и притязанія, который непремѣнно долженъ быть соблюденъ, либо максимумомъ, дальше котораго идти запрещается, либо выборомъ въ предѣлахъ предустановленной альтернативы. Примѣры: 1) По закону продавецъ обязанъ очисткою за отсужденіе у покупщика всего или части проданнаго предмета, а равно и за всѣ претензіи, предъявленныя къ этому предмету и не заявленныя продавцомъ во время продажи. Стороны могутъ особыми условіями усилить вышеозначенное обязательство, вытекающее изъ самаго закона, или ограничить его дѣйствіе: онѣ могутъ даже условиться, что продавецъ вовсе не обязанъ къ очисткамъ. Хотя бы и было выражено, что продавецъ не обязанъ вовсе къ очисткамъ, тѣмъ не менѣе онъ обязанъ къ тѣмъ изъ нихъ, которыя возникаютъ изъ его собственнаго дѣйствія; всякое противное сему условіе не дѣйствительно (франц. Гражд. Код. ст. 1620, 1627 и 1628). 2) «Срокъ личнаго найма опредѣляется условіемъ между договаривающимися сторонами, но не можетъ простираться долѣе пяти лѣтъ» (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 2214). 3) Въ случаѣ обнаруженія въ проданной вещи скрытаго недостатка покупщикъ имѣетъ право по своему выбору или возвратить вещь и потребовать возвращенія цѣны ея, или оставить вещь за собою и требовать возвращенія части цѣны по опредѣленію свѣдущихъ людей (франц. Гражд. Код., ст. 1644).

Гипотеза и диспозиція составляютъ, какъ мы уже говорили, необходимыя части построенія всякой юридической нормы. Въ нормахъ уголовнаго права онѣ носятъ другія названія. Гипотеза уголовной нормы называется диспозиціей, а диспозиція — санкціей. Особенность этой терминологіи объясняется слѣдующимъ образомъ. Въ гипотезѣ уголовной нормы опредѣляется составъ преступнаго дѣянія, а въ диспозиціи устанавливается слѣдуемое за него наказаніе. Въ описаніи состава преступнаго дѣянія содержится въ скрытомъ видѣ распоряженіе, повелѣвающее всѣмъ и каждому воздерживаться отъ совершенія такого дѣянія. Вслѣдствіе этого первая часть уголовной нормы, опредѣляющая составъ преступнаго дѣянія, и называется распоряженіемъ, или диспозиціей. Наказаніе представляетъ собою одинъ изъ видовъ тѣхъ невыгодныхъ послѣдствій, которыя влечетъ за собою нарушеніе права. Соединеніе съ правонарушеніемъ невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя извѣстно на техническомъ языкѣ юристовъ подъ именемъ санкціи (см. выше стрн. 77). Вслѣдствіе этого вторая часть уголовной нормы, устанавливающая наказаніе, называется санкціей.

---

§ 15. ЮРИДИЧЕСКІЯ ОТНОШЕНІЯ

E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, II. Bd., 1898, S. 1—290; Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, 1897 г., §§ 5—8, 41—45; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, III. Bd., 1906, §§ 35—37; E. Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905; J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Lpzg., 1907; B. Costes, De la distinction des faits juridiques et des faits matériels, 1887; E. J. Bekker, Juristische Grundbegriffe, 1910, V; Ign. Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, 1911, Kap. VI—VII; A. Nicol-Speyer, Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911, Buch B; Léon Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901, p. 180; Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, 1908, p. 12 sq.; R. Bruiguilles, Le droit et l'obligation ou le Rapport juridique, 1909; Saleilles, De la personnalité juridique, 1910; René Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 320 suiv.; Коркуновъ, Лекціи, §§ 27—31; Петражицкій, Теорія права, II, §§ 25—34; Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, 1914, с. 433 слѣд.

Юридическое отношеніе есть связь, возникающая между двумя лицами, между которыми устанавливаются взаимныя обязанность и притязаніе. Въ построеніи юридическаго отношенія различаются четыре элемента: 1) субъектъ (права, съ одной стороны, и обязанности, съ другой), 2) право, 3) обязанность, и 4) объектъ, т. е. то, что составляетъ предметъ, или содержаніе права, съ одной стороны, и обязанности, съ другой.

I. Современное правосознаніе признаетъ двоякаго рода субъектовъ юридическихъ отношеній: лица физическія и лица юридическія. Подъ физическимъ лицомъ разумѣется отдѣльный человѣкъ, индивидъ. Юридическимъ лицомъ называютъ союзъ физическихъ лицъ или т. н. учрежденіе, за которыми признается качество единаго субъекта права. Къ первому классу юридическихъ лицъ, представляющихъ корпораціи (universitates personarum), относятся политическіе союзы, союзы для достиженія религіозныхъ, научныхъ, промышленныхъ, торговыхъ цѣлей, союзы взаимопомощи, каковы, напр., — государство, община, религіозныя общества, университеты, цехи, акціонерныя компаніи, общества взаимнаго кредита, потребительныя общества и т. п. Ко второму классу, обнимающему соединенія имуществъ (universitates bonorum), или т. н. учрежденія, относятся больницы, пріюты, богадѣльни, архіерейскіе дома, государственныя имущества, удѣлы и т. п. Отличительной чертой юридическихъ лицъ второго рода, или учрежденій, является то, что въ нихъ основное значеніе принадлежитъ имуществу, предназначенному для извѣстной цѣли.

Способность быть субъектомъ юридическихъ отношеній называется правоспособностью. Такъ какъ юридическое отношеніе слагается изъ права и обязанности, изъ которыхъ первое представляетъ его активную сторону, а второе — пассивную, то и правоспособность надлежитъ различать активную и пассивную. Активная правоспособность есть способность быть субъектомъ права (притязанія), пассивная правоспособность есть способность быть субъектомъ юридической обязанности. Правоспособность не есть какое либо прирожденное свойство человѣка, а особое качество, которымъ объективное право надѣляетъ какъ физическихъ лицъ, такъ и лица юридическія.

Современное правосознаніе и дѣйствующее право исходятъ изъ основного принципа, согласно которому всѣ люди признаются правоспособными какъ въ пассивномъ, такъ и въ активномъ смыслѣ. Такой принципъ установился путемъ долгаго историческаго процесса. На болѣе раннихъ ступеняхъ развитія правоспособность являлась не общимъ правиломъ, а особой привилегіей, опредѣляемой общественнымъ положеніемъ лица. Прежде всего не имѣли правоспособности рабы. Рабы не признавались людьми и субъектами юридическихъ отношеній. Рабъ не надѣлялся никакими притязаніями. Онъ не несъ юридическихъ обязанностей въ тѣсномъ смыслѣ слова. Трудъ коня запряженнаго въ соху и идущаго за сохой раба съ точки зрѣнія права представлялъ одинаково проявленіе пользованія вещью со стороны господина. Изъ этого общаго правила допускались нѣкоторыя изъятія, и рабамъ предоставлялась нѣкоторая пассивная и даже активная правоспособность, но эти изъятія не отмѣняли основного принципа, въ силу котораго рабъ почитался не субъектомъ юридическаго отношенія, а вещью. Правоспособность свободныхъ людей въ прежнее время при существованіи строгаго сословнаго строя опредѣлялась не однообразно для всѣхъ лицъ, но примѣнительно къ ихъ сословной принадлежности. Съ паденіемъ стараго сословнаго строя установился современный принципъ, возведшій правоспособность индивида въ общее правило. Изъ этого общаго принципа современное право знаетъ однако изъятія въ видѣ ограниченій правоспособности.

Разнообразныя ограниченія правоспособности удачно классифицируетъ Коркуновъ, дѣля ихъ на естественныя, общественныя, вытекающія изъ несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній, и карательныя.

Естественными называются тѣ ограниченія правоспособности, которыя устанавливаются на основаніи физическихъ свойствъ и особенностей лица, каковы: полъ, возрастъ, физическое уродство. Такъ, женщины лишены способности имѣть политическія права, не достигшіе 25-лѣтняго возраста не имѣютъ избирательныхъ правъ, глухонѣмые не допускаются въ присяжные засѣдатели.

Подъ общественными разумѣются ограниченія правоспособности лица по его общественному положенію, т. е. по національности, вѣроисповѣданію, сословію, промысламъ. Таковы существовавшія у насъ до революціи нѣкоторыя ограниченія правоспособности лицъ польскаго происхожденія (по пріобрѣтенію земель въ западномъ краѣ), весьма обширныя ограниченія правоспособности евреевъ и т. п.

Примѣромъ ограниченія правоспособности изъ-за несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній можетъ служить невозможность для членовъ Государственной Думы занимать платную должность на службѣ по назначенію отъ правительства или отсутствіе политическихъ избирательныхъ правъ у лицъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ.

Подъ категорію карательныхъ ограниченій правоспособности подходятъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія, лишеніе всѣхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, такъ-же разнаго рода ограниченія въ правахъ, входящія въ составъ наказанія за извѣстныя преступленія.

Общественныя ограниченія правоспособности и нѣкоторыя изъ естественныхъ (по различію пола) составляютъ наслѣдіе историческаго прошлаго, обреченное на вымираніе. Ограниченія же изъ-за несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній и карательныя въ основѣ своей подлежатъ удержанію, такъ какъ первыя обезпечиваютъ лучшее исполненіе извѣстныхъ обязанностей, а вторыя представляютъ собою одно изъ раціональныхъ средствъ наказанія (особенно въ видѣ временнаго пораженія той или другой спеціальной правоспособности).

Признаніе правоспособности физическихъ лицъ не вызываетъ никакихъ сомнѣній. Право регулируетъ поведеніе людей въ обществѣ, и вполнѣ понятно, что отдѣльные люди являются субъектами юридическихъ отношеній. Далеко не столь понятнымъ представляется на первый взглядъ признаніе въ правѣ юридическихъ лицъ. Спрашивается, какая потребность вызвала установленіе этой категоріи субъектовъ юридическихъ отношеній?

Чтобы понять смыслъ и значеніе юридическаго лица, необходимо принять во вниманіе процессъ историческаго развитія положенія индивидуальной личности въ обществѣ. На болѣе раннихъ ступеняхъ развитія отдѣльная личность не выступаетъ самостоятельнымъ общественнымъ дѣятелемъ, но поглощается стоящими надъ ней родовыми, семейными и общинными группами. Не отдѣльныя лица, а именно эти группы являются носителями наиболѣе важныхъ правъ и обязанностей. Онѣ обладаютъ поземельными правами, вступаютъ другъ съ другомъ въ разнаго рода сдѣлки, платятъ налоги, несутъ натуральныя повинности и т. п. Только по истеченіи весьма длительнаго процесса развитія отдѣльная личность освобождается отъ тяготѣвшихъ надъ ней родовыхъ, общинныхъ, семейныхъ и иныхъ тому подобныхъ квалификацій и вступаетъ въ общественный оборотъ въ качествѣ самостоятельнаго его участника. Но и въ этой стадіи индивидуализма общественная жизнь не можетъ исчерпываться обособленной дѣятельностью отдѣльныхъ личностей. Послѣднія вступаютъ въ разнаго рода союзы и единенія другъ съ другомъ, и эти союзы и единенія своей коллективной дѣятельностью стремятся къ достиженію опредѣленной цѣли, которая ихъ и объединяетъ. Точно также въ составѣ индивидуальныхъ хозяйствъ выдѣляются опредѣленныя имущества, которыя предназначаются служить удовлетворенію опредѣленныхъ коллективныхъ потребностей. Наряду съ этимъ отъ историческаго прошлаго остаются тѣ общественныя группы (община, церковь, государство), которыя нѣкогда поглощали всю индивидуальную личность цѣликомъ, а теперь дѣйствуютъ наряду съ нею, привлекая къ себѣ личность не всецѣло, но лишь одной какой либо стороной ея жизни. Такимъ образомъ мы различаемъ въ общественномъ оборотѣ дѣятельность индивидовъ и группъ ихъ. И та, и другая дѣятельность облекается въ юридическія отношенія, субъектомъ которыхъ являются въ первомъ случаѣ — физическія, во второмъ — юридическія лица.

Теорія права сложилась въ эпоху самоопредѣленія личности и господства индивидуальнаго хозяйства. Въ виду этого она обнаруживаетъ склонность къ отождествленію субъекта юридическихъ отношеній съ индивидуальной человѣческой личностью. Несомнѣнное существованіе коллективовъ, или группъ индивидовъ въ качествѣ участниковъ общественнаго оборота,

равнозначущихъ индивиду, привело къ признанію параллельной лицу физическому категоріи юридическаго лица. Однако невольное отождествленіе субъекта юридическаго отношенія съ индивидуальной личностью заставляетъ нѣкоторыхъ юристовъ видѣть въ юридическомъ лицѣ нѣчто вымышленное (фикцію) и искать скрывающихся за этой фикціей реальныхъ, подлинныхъ субъектовъ юридическихъ отношеній. Такими подлинными субъектами признаются, нпр. Іерингомъ, отдѣльные члены корпораціи или люди, пользующіеся благами даннаго учрежденія, вообще тѣ, для кого предназначается обезпеченное правомъ пользованіе благомъ, или т. н. дестинатаріи. Такъ какъ, однако, очевидно, что права и обязанности, которыми надѣляется, нпр., больница, отнюдь не могутъ быть приписаны пользуемымъ въ ней больнымъ, то приходится отказаться отъ исканія какого бы то ни было реальнаго субстрата юридическаго лица въ видѣ тѣхъ или иныхъ физическихъ лицъ. Въ такомъ случаѣ останутся два возможныхъ выхода: 1) отрицаніе юридическаго лица, 2) признаніе его какъ коллективнаго субъекта юридическаго отношенія, равнозначущаго съ индивидуальнымъ субъектомъ права, или т. н. физическимъ лицомъ. Отрицаніе юридическаго лица привело къ замѣнѣ этого понятія понятіемъ цѣлевого имущества (Zweckvermögen), никому не принадлежащаго, предназначеннаго для служенія опредѣленной цѣли (теорія Бринца), во имя которой вступаютъ съ этимъ имуществомъ въ юридическія отношенія. Нѣкоторые отрицатели пошли еще дальше и объявили (Виндшейдъ), что права, приписываемыя юридическому лицу, въ сущности говоря, являются безсубъектными. Ученіе о цѣлевомъ имуществѣ только замѣняетъ одно слово другимъ, но не рѣшаетъ вопроса. Признаніе безсубъектныхъ правъ и обязанностей есть non-sens, ибо если никто не надѣляется притязаніемъ и никто не обязанъ, то нѣтъ юридическаго отношенія. Остается такимъ образомъ пріемлемымъ только одинъ выходъ, именно — признать коллективный субъектъ юридическаго отношенія, или юридическое лицо, столь же реальнымъ, какъ и лицо физическое. Соціологическое обоснованіе такого признанія даетъ теорія соціальныхъ организмовъ, выдвигаемая историками германскаго права (германистами, въ противоположность романистамъ, — изслѣдователямъ римскаго права), каковы: Безелеръ, Гирке и др. Теорія эта учитъ, что юридическія лица, признаваемыя реальными субъектами права, представляютъ собою не вымыселъ и не искусственное построеніе, а продуктъ органическаго развитія, особыя образованія надиндивидуальнаго порядка. Оставляя въ сторонѣ метафорическое ученіе о соціальномъ организмѣ, мы должны лишь подчеркнуть, что органическая теорія подмѣчаетъ исторически вѣрный фактъ существованія наряду съ индивидами особыхъ коллективныхъ субъектовъ права, призываемыхъ къ жизни потребностями общественнаго оборота, о которыхъ мы говорили выше.

Разъ субъектами юридическихъ отношеній признаются не только физическія лица, т. е. живые люди, но и лица юридическія, т. е. союзы и учрежденія, надѣляемые качествомъ единаго лица, то отсюда можно сдѣлать выводъ, что субъектами юридическихъ отношеній слѣдуетъ признать всевозможныя представленія личнаго характера, поскольку съ ними ассоціируются правовыя переживанія и поскольку имъ приписываются права и обязанности. Такой именно выводъ дѣлаетъ Л. І. Петражицкій и относитъ

къ категоріи субъектовъ юридическихъ отношеній не только физическія лица и юридическія, но и различныя божества, безплотныхъ духовъ, чистыхъ и нечистыхъ, покойниковъ, животныхъ, а также предметы неодушевленной природы, какъ-то: камни, растенія и т. п. Въ доказательство правильности такого вывода Петражицкій ссылается на нѣкоторыя данныя положительнаго права въ прошедшемъ и настоящемъ и затѣмъ подкрѣпляетъ высказанное положеніе общими соображеніями своей психологической теоріи. Исторія знаетъ договоры съ божествами, съ дьяволомъ, а также юридическія отношенія къ разнаго рода фетишамъ. Современное положительное право допускаетъ юридическія отношенія къ человѣческому зародышу и даже къ покойнику; такъ, охраняются наслѣдственныя права утробнаго младенца и для защиты ихъ назначается даже особый попечитель; статья же 215 нашего Устава гражданскаго судопроизводства гласитъ: «Сему же суду (т. е. суду, которому подсудно дѣло объ открывшемся наслѣдствѣ) предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ». Безусловное признаніе субъектами юридическихъ отношеній всевозможныхъ представленій личнаго характера вытекаетъ изъ того извѣстнаго уже намъ (см. § 6) теоретическаго положенія Л. І. Петражицкаго, согласно которому реальнымъ правовымъ явленіемъ почитается исключительно индивидуальное субъективное психическое переживаніе двусторонней связанности воли.

Выше (§ 6) мы уже указали, что право представляетъ собою не субъективное явленіе индивидуальной психики, но объективное явленіе соціальной среды. Кромѣ того мы выяснили, что право служитъ обезпеченію общественныхъ и индивидуальныхъ интересовъ. Примѣняя установленныя положенія къ занимающему насъ въ данное время спеціальному вопросу, мы должны сказать, что субъектами юридическихъ отношеній являются не всевозможныя представленія личнаго характера, а только такія, за которыми общественное сознаніе признаетъ объективную реальность и соціальную цѣнность. Слѣдовательно, безплотные духи, животныя и разнаго рода фетиши признавались субъектами юридическихъ отношеній только на той ступени развитія, которую О. Контъ назвалъ миѳологическимъ состояніемъ человѣческаго разума, т. е. такимъ состояніемъ, когда всѣ явленія внѣшняго міра олицетворялись по образу и подобію человѣческому. Съ выходомъ изъ этого наивнаго состоянія отпали въ области права представленія личнаго характера о безплотныхъ духахъ, животныхъ и фетишахъ. Если отдѣльные индивиды и даже цѣлыя группы ихъ и теперь еще пребываютъ въ этомъ первичномъ состояніи разума, то ихъ представленія не имѣютъ болѣе объективнаго общественнаго значенія. Объективную реальность и соціальную цѣнность современное общественное сознаніе придаетъ сверхъ физическихъ лицъ еще только лицамъ юридическимъ указанныхъ выше типовъ. Никакихъ иныхъ субъектовъ юридическихъ отношеній общественное правосознаніе не знаетъ. Что же касается допущенія утробнаго младенца и «умершаго собственника» въ качествѣ субъектовъ юридическаго отношенія, то эти особые случаи предваренія и продленія бытія физическаго лица вызываются общественной необходимостью упорядоченія имущественныхъ отношеній между живыми людьми.

Распространеніе понятія субъекта юридическихъ отношеній за предѣлы индивидуальной человѣческой личности, или физическаго лица, вызывается не психологическою возможностью олицетворенія всевозможныхъ предметовъ внѣшняго міра, реальнаго и воображаемаго, а общественною потребностью оборота. Въ этомъ смыслѣ правъ Демогъ, когда говоритъ, что качество субъекта можетъ быть сообщено всякому центру интересовъ, съ которымъ связываются опредѣленныя права и обязанности.

Для возникновенія юридическаго лица требуется спеціальное признаніе его государственною властью, т. е. чтобы государственная власть надѣлила то или другое учрежденіе или корпорацію лицъ качествами обособленнаго субъекта права, что и дѣлается государственной властью въ особомъ актѣ объ учрежденіи юридическаго лица. Подобные акты издаются или для каждаго юридическаго лица въ отдѣльности, или для цѣлыхъ категорій юридическихъ лицъ.

II. Существеннѣйшими частями юридическаго отношенія являются право и обязанность, такъ какъ самое юридическое отношеніе есть не что иное, какъ сочетаніе этихъ двухъ элементовъ.

Это, казалось бы, безспорное положеніе тѣмъ не менѣе вызываетъ сомнѣнія и даже прямо противоположное утвержденіе (Регельсбергера), будто существуютъ юридическія отношенія, изъ которыхъ непосредственно не вытекаетъ ни правъ, ни обязанностей. Въ видѣ примѣра подобнаго юридическаго отношенія приводятъ родство, заявляя, что оно само по себѣ не создаетъ ни права, ни обязанности. Тѣмъ не менѣе, говоритъ Регельсбергеръ, это правоотношеніе — не вполнѣ безплодно, такъ какъ едва лишь къ нему привступаетъ новое фактическое обстоятельство, какъ оно получаетъ значеніе плодоноснаго зародыша, вызывающаго права и обязанности; таковы, напр., безпомощность или смерть родственника въ отношеніяхъ родства. Противъ изложеннаго мнѣнія необходимо прежде всего замѣтить, что юридическое отношеніе вообще не создаетъ ни права, ни обязанности, а само представляетъ совокупность права и обязанности. Отношеніе родства не составляетъ въ данномъ случаѣ исключенія. Оно представляетъ собою сочетаніе права на признаніе качества родственника и обязанности такого признанія. Вопросъ о плодотворности или безплодности такого юридическаго отношенія ставится Регельсбергеромъ черезчуръ узко, такъ какъ плоды онъ понимаетъ здѣсь только въ смыслѣ имущественной выгоды (полученія алиментовъ, т. е. средствъ къ существованію, и наслѣдства). Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что одно лишь признаніе родственной связи имѣетъ важное значеніе само по себѣ, является извѣстнымъ нематеріальнымъ благомъ, и потому не можетъ быть названо безплоднымъ.

Субъективное право есть притязаніе на исполненіе обязанности обязаннымъ. Слѣдуя Бирлингу и Петражицкому, мы употребляемъ здѣсь, какъ и на всемъ протяженіи нашего изложенія, слово «притязаніе» въ только что приведенномъ широкомъ смыслѣ, какъ оно издавна употреблялось юристами. Съ половины прошлаго столѣтія введено Виндшейдомъ употребленіе слова «притязаніе» въ иномъ, болѣе тѣсномъ смыслѣ, — для

обозначенія предоставленнаго лицу полномочія требовать исполненія обязанности обязаннымъ по отношенію къ нему лицомъ судебнымъ, или исковымъ порядкомъ. Нѣтъ основанія ограничивать правовое притязаніе лишь исковымъ требованіемъ, такъ какъ послѣднее есть лишь одно изъ проявленій притязанія и можетъ быть въ случаѣ надобности выдѣлено подъ именемъ искового притязанія.

Въ послѣднее время Берольцгеймеръ вновь отдѣляетъ притязаніе отъ субъективнаго права, но на иномъ основаніи, чѣмъ Виндшейдъ. Субъективнымъ правомъ Берольцгеймеръ признаетъ только то, что непосредственно создаетъ или повышаетъ фактическую мощь лица, — имущественное положеніе частнаго лица или властную мощь государства. Что же касается притязанія на дѣйствіе или воздержаніе другого лица отъ дѣйствія, то оно не имѣетъ непосредственнаго значенія для образованія или повышенія фактической мощи надѣленнаго имъ лица и потому не составляетъ субъективнаго права. Проводимое различіе Берольцгеймеръ поясняетъ на примѣрѣ юридическихъ отношеній между государствомъ и подданными. Государство требуетъ отъ подданныхъ, съ одной стороны, отбыванія воинской повинности и уплаты податей, съ другой — исполненія служебнаго долга и обязанности быть свидѣтелемъ на судѣ. Исполненіе подданными обязанностей первой категоріи повышаетъ фактическую мощь государства непосредственно и прямо; исполненіе обязанностей второй категоріи касается лишь культурнаго положенія государства. Поэтому мы должны говорить о правѣ государства на воинскій наборъ и на взиманіе податей, и только о притязаніи его на служебный долгъ и свидѣтельскія показанія. Проводимое Берольцгеймеромъ разграниченіе субъективнаго права и притязанія совершенно не пріемлемо, такъ какъ оно основывается на произвольномъ, а главное, совершенно излишнемъ для пониманія права противоположеніи фактической мощи и культурнаго положенія, или же прямого и косвеннаго воздѣйствія на фактическую мощь. Берольцгеймеръ не только разграничиваетъ субъективное право и притязаніе, но и раздѣляетъ ихъ, допуская обособленное существованіе каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Такъ, онъ увѣряетъ, что есть субъективныя права безъ притязаній, каковыми считаетъ права на вещи, слѣдовательно, право собственности. Въ основѣ такого увѣренія лежитъ представленіе, будто собственность не есть юридическое отношеніе между лицами по поводу вещи, а юридическое отношеніе между лицомъ и вещью. О неправильности такого представленія будетъ рѣчь ниже въ ученіи объ объектахъ юридическихъ отношеній.

Субъективное право называютъ также п р а в о м о ч і е м ъ. Въ этомъ названіи подчеркивается то обстоятельство, что субъективное право надѣляетъ индивида особою мощью для осуществленія признанныхъ объективнымъ правомъ интересовъ, мощью, вытекающей изъ возможности обратить въ свою пользу закрѣпленный долгъ другого (обязаннаго) лица.

Гдѣ нѣтъ притязанія, тамъ нѣтъ субъективнаго права. Притязать можетъ только тотъ, на кого направлено нормою исполненіе обязанности, т. е. адресатъ юридической обязанности. Фактически пользоваться выгодой, вытекающей изъ исполненія обязанности, можетъ не только адресатъ послѣдней, но и третье лицо, находящееся въ благопріятныхъ для этого условіяхъ. Это третье лицо, извлекающее выгоды изъ актива юридическаго

отношенія, въ которомъ само оно не участвуетъ, не обладаетъ субъективнымъ правомъ. Оно пользуется лишь отраженіемъ, или рефлексомъ чужого права. Образчикомъ рефлективнаго дѣйствія права можетъ служить слѣдующій школьный примѣръ. Жилецъ верхняго этажа заключилъ съ домовладѣльцемъ договоръ, согласно которому послѣдній обязался устилать ковромъ и освѣщать лѣстницу. Изъ исполненія этой обязанности получается выгода не только для управомоченнаго жильца верхняго этажа, но и для жильцовъ нижнихъ этажей, не вошедшихъ въ указанное выше юридическое отношеніе. Жильцы нижнихъ этажей не имѣютъ однако субъективнаго права на пользованіе освѣщеніемъ и ковромъ. Стоитъ жильцу верхняго этажа прекратить договоръ или съѣхать съ квартиры, и вмѣстѣ съ прекращеніемъ принадлежащаго ему субъективнаго права прекратится и рефлективное дѣйствіе его на третьихъ лицъ. Другой примѣръ: по договору какого либо магазина съ оптовымъ торговцемъ, послѣдній обязанъ поставлять товары извѣстной фирмы. Покупатели, забирающіе товаръ въ магазинѣ, получаютъ отъ этого опредѣленную выгоду (если, напр., фирма особенно хороша), но при этомъ они пользуются только рефлексомъ субъективнаго права магазина и сами не имѣютъ никакихъ правъ на дѣйствія его поставщика.

Субъективное право и обязанность составляютъ собою коррелативные элементы юридическаго отношенія. Это значитъ, что наличность одного изъ нихъ необходимо предполагаетъ наличность другого, и раздѣльное существованіе ихъ не мыслимо. Какъ ни безспорнымъ представляется намъ это положеніе, тѣмъ не менѣе оно оспаривается нѣкоторыми теоретиками права, увѣряющими, будто бываютъ случаи наличности обязанностей при отсутствіи соотвѣтственныхъ субъективныхъ правъ. Такое мнѣніе было высказано Іерингомъ, который, принимая въ соображеніе, что обязанность составляетъ пассивную сторону юридическаго отношенія, назвалъ подобные случаи пассивнымъ дѣйствіемъ права. Въ качествѣ примѣра такого пассивнаго дѣйствія права приводятся: обязанность не вредить жизни утробнаго младенца, обязанность должника по кредитной бумагѣ на предъявителя, которая утеряна и временно не находится ни въ чьемъ обладаніи и т. п. Въ обоихъ случаяхъ нѣтъ субъективнаго права, такъ какъ нѣтъ лица, которому оно могло бы быть приписано. Своеобразное отрицаніе наличности субъективныхъ правъ, соотвѣтствующихъ указаннымъ обязанностямъ, вызывается тѣмъ, что субъектъ права неправильно отождествляется съ физическимъ лицомъ, родившимся (въ первомъ случаѣ) и конкретнымъ (во второмъ). Мы уже указывали на то, что частичной правоспособностью надѣляется и зародышъ, каковой, слѣдовательно, и является носителемъ соотвѣтственнаго субъективнаго права въ первомъ случаѣ. Что же касается второго случая, то въ немъ субъектомъ права является всякій, кто найдетъ бумагу. Пока бумага не найдена, то нѣтъ и юридическаго отношенія, нѣтъ и обязанности, а есть лишь возможность того и другого.

Особое мѣсто въ теоріи права занимаетъ ученіе о томъ, что субъективныя права имѣются только въ области частнаго права, а въ правѣ публичномъ строеніе юридическаго отношенія исчерпывается тремя элементами: субъектомъ, обязанностью, объектомъ. Опроверженіе этого мнѣ-

нія мы откладываемъ до шестой главы, въ которой будетъ рѣчь о дѣленіи права на публичное и частное (см. § 22).

Среди нѣкоторыхъ теоретиковъ возникаетъ вопросъ о томъ, какому изъ элементовъ юридическаго отношенія, праву ли, или обязанности, принадлежитъ первоначальное значеніе и какому производное. Тѣ, кто ставитъ этотъ вопросъ, рѣшаютъ его различно. Одни (въ послѣднее время Николь-Шпейеръ) признаютъ основнымъ элементомъ юридическаго отношенія обязанность и склонны смотрѣть на субъективное право только какъ на элементъ производный, какъ на обезпеченіе исполненія обязанности. Другіе (въ послѣднее время Ленингъ, Михайловскій), напротивъ того, приписываютъ основное значеніе субъективному праву, а обязанность считаютъ лишь его слѣдствіемъ. Намъ представляется излишнымъ самое возбужденіе вопроса. Разъ юридическое отношеніе обозначаетъ связь двухъ лицъ, между которыми распредѣлены обязанность и право, то въ предѣлахъ построенія юридическаго отношенія не можетъ быть рѣчи о пріоритетѣ двухъ его коррелативныхъ составныхъ частей. Подобный вопросъ можетъ быть возбужденъ развѣ лишь тогда, когда мы выйдемъ за предѣлы юридическаго отношенія и посмотримъ на него со стороны, — съ точки зрѣнія соціальной и моральной. Можно спросить, что является основнымъ двигателемъ общественной жизни, — обязанности или притязанія, а также, что предпочтительнѣе съ моральной точки зрѣнія — обязанность или притязаніе. Въ отвѣтъ на первый изъ поставленныхъ вопросовъ слѣдуетъ сказать, что такъ какъ общественная жизнь представляетъ собою взаимодѣйствіе индивидовъ, то очевидно обязанностямъ и притязаніямъ принадлежитъ въ ней одинаковое значеніе. Что же касается моральной оцѣнки, то предпочтеніе обязанности или притязанія зависитъ отъ исходной точки зрѣнія. Для альтруиста предпочтительнѣе обязанность, для крайняго индивидуалиста — притязаніе.

Въ завершеніе ученія о правѣ и обязанности, какъ составныхъ элементахъ юридическаго отношенія, мы должны отмѣтить, что въ новѣйшее время извѣстный французскій юристъ и государствовѣдъ Дюги совершенно исключаетъ субъективное право изъ числа юридическихъ категорій. Съ точки зрѣнія Дюги реально существуетъ только объективное право, какъ правило поведенія, въ основѣ котораго лежитъ фактъ общественной солидарности, т. е. фактъ взаимной зависимости людей, порождаемой общностью потребностей и раздѣленіемъ труда. Благодаря существованію объективнаго права, всякій индивидъ имѣетъ возможность желать опредѣленной вещи; если его желаніе соразмѣрно съ нормою права, то онъ пріобрѣтаетъ возможность получить эту вещь. Если же внѣшнее волеизъявленіе индивида опредѣляется цѣлью, противорѣчащей нормѣ права, то для другого опредѣленнаго лица рождается отсюда возможность добиваться опредѣленной реакціи противъ акта, противорѣчащаго нормѣ права, т. е. акта антисолидарнаго, антисоціальнаго. Такимъ образомъ создается, по словамъ Дюги, субъективное юридическое положеніе, въ которомъ имѣется юридическая обязанность, но нѣтъ, по увѣренію Дюги, отношенія между субъектомъ, который нѣчто долженъ, и субъектомъ, который нѣчто можетъ. Въ разсужденіи Дюги мы не видимъ рѣшительно ничего оригинальнаго, кромѣ упорнаго отрицанія очевидности. Вѣдь возможность для какого

либо лица получить нѣчто желаемое соразмѣрно съ нормою права осуществляется не иначе, какъ благодаря тому, что есть опредѣленное другое лицо, которое соразмѣрно той же нормѣ обязано нѣчто сдѣлать. Между этими двумя лицами существуетъ, слѣдовательно, соразмѣрное съ нормою права отношеніе, или юридическое отношеніе, слагающееся изъ соразмѣрной нормѣ права возможности желанія, т. е. изъ притязанія, или субъективнаго права, и изъ юридической обязанности. Почему юридическая норма признается реальной, а юридическое отношеніе, въ частности субъективное право, не признается реальнымъ у Дюги, для насъ совершенно не понятно.

III. Четвертымъ элементомъ юридическаго отношенія является его объектъ. Въ ученіи объ объектѣ юридическаго отношенія необходимо различать, какъ это правильно указалъ Бирлингъ, двѣ стороны: понятіе объекта въ смыслѣ устанавливаемаго нормою содержанія обязанности и права, и понятіе объекта въ смыслѣ предмета, къ которому относится соотвѣтственное нормѣ поведеніе обязаннаго и управомоченнаго.

Юридическое отношеніе выражается въ сужденіи: А имѣетъ право по отношенію къ В, В обязанъ по отношенію къ А. Сказуемыя въ двухъ приведенныхъ предложеніяхъ неизбѣжно требуютъ себѣ дополненія: «на что имѣетъ право», и «къ чему обязанъ». Соотвѣтственное необходимое дополненіе къ сказуемымъ «имѣетъ право» и «обязанъ» мы называемъ объектомъ (предметомъ, логическимъ дополненіемъ) юридическаго отношенія. Въ соотвѣтствіи съ двойственнымъ характеромъ юридическаго отношенія имѣются въ немъ два объекта: объектъ обязанности и объектъ притязанія. Такъ какъ юридическая норма регулируетъ поведеніе людей, и юридическое отношеніе вслѣдствіе этого есть отношеніе взаимоупорядоченнаго поведенія двухъ лицъ, то, слѣдовательно, объектомъ юридическаго отношенія вообще является неизмѣнно поведеніе людей. Въ зависимости отъ различнаго характера устанавливаемаго юридическою нормою поведенія, различаются отдѣльные виды, или категоріи объектовъ.

Еще римскіе юристы подмѣтили, что юридическія нормы требуютъ отъ насъ троякаго рода поведенія: 1) что-либо сдѣлать (facere), 2) чего либо не дѣлать (non facere), 3) что либо терпѣть (pati), напр., — 1) передать вещь купившему, работать у нанимателя, уплатить квартирный налогъ; 2) не запахивать чужой земли, не оскорблять чужой чести, не нарушать общественной тишины и спокойствія; 3) терпѣть проѣздъ черезъ мой земельный участокъ лица, которому я предоставилъ это право по договору, терпѣть обыскъ, производимый въ моей квартирѣ компетентной властью на законномъ основаніи, терпѣть наложенное по суду наказаніе. Бирлингъ полагаетъ, что обязанность терпѣть, въ сущности говоря, сводится къ обязанности не дѣлать ничего, что противилось бы соотвѣтственнымъ дѣйствіямъ управомоченнаго. Поэтому возможные объекты юридическихъ отношеній онъ сводитъ къ двумъ видамъ поведенія: положительнаго (facere) и отрицательнаго (non facere). Однако съ отождествленіемъ терпѣнія съ недѣланіемъ врядъ ли можно согласиться. Терпѣніе есть поведеніе sui generis, — оно не только исключаетъ мысль о сопротивленіи, но и предполагаетъ подчиненіе чужому воздѣйствію непріятнаго, невыгоднаго и вообще

отягощающаго характера. Въ этомъ легко убѣдиться путемъ сопоставленія приведенныхъ нами примѣровъ второй и третьей категоріи. Вслѣдствіе этого надо признать болѣе правильнымъ сохраненіе (какъ это дѣлаетъ Петражицкій) тройственнаго дѣленія объектовъ, выдвинутаго еще римскими юристами.

Субъективное право есть притязаніе на исполненіе обязанности обязаннымъ. Объектомъ субъективныхъ правъ будутъ виды поведенія, которые соотвѣтствуютъ закрѣпленію за управомоченнымъ соотвѣтственнаго поведенія обязаннаго. Обязанности что либо сдѣлать соотвѣтствуетъ право что либо получить (accipere), обязанности чего либо не дѣлать соотвѣтствуетъ право не терпѣть этого, обязанности что либо терпѣть соотвѣтствуетъ право дѣлать что либо. Примѣры: 1) право на полученіе купленной вещи, на трудъ наемнаго работника, право взиманія налоговъ; 2) право не терпѣть чужой запашки на своей землѣ, оскорбленія чести, право прекращать всякое нарушеніе общественной тишины и спокойствія; 3) право проѣзжать черезъ чужой участокъ земли по договору, производить обыскъ на законномъ основаніи, наказывать преступниковъ.

Въ каждомъ юридическомъ отношеніи имѣется и объектъ обязанности, и объектъ права. Поэтому объекту юридическаго отношенія въ цѣломъ необходимо приписывать двойственный составъ. Петражицкій, ставя на первое мѣсто обязанность, изображаетъ объектъ юридическаго отношенія въ видѣ слѣдующей схемы парныхъ сочетаній: 1) facere — accipere, 2) non facere — non pati, 3) pati — facere. Эту схему слѣдуетъ дополнить еще тѣмъ соображеніемъ, что обязанности терпѣть соотвѣтствуетъ не только право дѣлать что либо, но право чего либо не дѣлать. Такъ, напр., на основаніи закона освобождающаго отъ отбыванія воинской повинности единственныхъ сыновей въ семьѣ, государство обязано терпѣть такое положеніе, а пользующійся указанной льготой имѣетъ право не дѣлать, — не отбывать повинности.

Принимая въ соображеніе все до сихъ поръ сказанное, мы можемъ представить юридическое отношеніе въ видѣ слѣдующихъ двухъ предложеній: «А имѣетъ право получить, либо не терпѣть, либо дѣлать или не дѣлать; В обязанъ сдѣлать, либо не дѣлать, либо терпѣть». Сказуемыя «имѣетъ право» и «обязанъ» получили свое дополненіе, — объектъ ихъ установленъ, но этимъ еще вопросъ не исчерпанъ. Такъ какъ установленный объектъ обозначаетъ разные виды поведенія, то онъ выраженъ глаголами: «дѣлать», «не дѣлать», «терпѣть», которые въ свою очередь требуютъ дополненія, или говоря иначе, опредѣленія предмета, къ которому относится дѣланіе, не дѣланіе или терпѣніе. Это уже будетъ *юридическій объектъ второго порядка*, или объектъ юридическаго объекта, по выраженію Бирлинга. Для лучшаго выясненія вопроса обратимся къ примѣрамъ, приведеннымъ выше по поводу юридическихъ объектовъ перваго порядка. Разобравъ ихъ, мы увидимъ, что въ нихъ въ качествѣ юридическаго объекта второго порядка выступаютъ: 1) купленная вещь, трудъ наемнаго рабочаго, денежная сумма квартирнаго налога; 2) земля, личная честь, общественная тишина и спокойствіе; 3) ѣзда, обыскныя дѣйствія, дѣйствія, изъ которыхъ слагается примѣненіе наказанія (заключеніе и т. п.). Въ то время какъ юридическій объектъ перваго порядка

слагается, какъ мы видѣли, изъ сочетанія объекта обязанности и объекта права, юридическій объектъ второго порядка одинъ и тотъ же и для обязанности, и для права. Это вполнѣ понятно и иначе быть не можетъ. То самое, что А обязанъ сдѣлать, В въ правѣ получить; далѣе А въ правѣ не терпѣть именно того, чего В обязанъ не дѣлать; наконецъ, В обязанъ терпѣть именно то, что А въ правѣ дѣлать или не дѣлать. Если бы не было совпаденія въ юридическомъ объектѣ второго рода, не было бы юридическаго отношенія.[1]

Юридическими объектами второго рода являются: 1) вещи, 2) нематеріальныя блага, 3) дѣйствія людей.

Вещи — это прежде всего матеріальные предметы какъ создаваемые природой, такъ и обрабатываемые и создаваемые человѣческимъ трудомъ. Таковы, нпр., земля, деревья, хлѣбъ на корню, зерно, выпеченный хлѣбъ, сапоги, шкапъ, рояль, деньги и т. п. Затѣмъ къ вещамъ относятся также животныя. На одномъ положеніи съ животными находились рабы. Если въ видѣ исключенія въ нихъ признавали до извѣстной степени лицо, т. е. надѣляли ихъ нѣкоторой правоспособностью, то это были изъятія, которыя дѣлались въ видахъ лучшаго использованія духовныхъ способностей раба, нпр., когда рабы по порученію господина вели торговлю. Наконецъ, вещами признаются и продукты духовнаго творчества человѣка, — научныя и художественныя произведенія, изобрѣтенія, такъ какъ они могутъ быть переводимы на деньги.

Вещь есть объектъ юридическихъ отношеній, въ которыхъ состоятъ другъ къ другу люди. Отношеніе лица къ вещи имѣетъ хозяйственное, техническое значеніе. Высказывается однако нѣкоторыми учеными мнѣніе, будто и къ вещамъ мы состоимъ въ юридическомъ отношеніи. Такъ, нпр., Регельсбергеръ полагаетъ, что опредѣленіе юридическаго отношенія, какъ отношенія между людьми, не подходитъ къ тѣмъ отношеніямъ, которыя содержатъ въ себѣ отношеніе отдѣльнаго лица къ вещи. Юридическое регулированіе этихъ отношеній не исчерпывается указаніемъ того, чего не должны дѣлать другіе; оно опредѣляетъ и отношеніе управомоченнаго къ предмету, объемъ его юридической власти надъ предметомъ. Въ такихъ случаяхъ есть поэтому достаточное основаніе, полагаетъ Регельсбергеръ, говорить объ юридическомъ отношеніи лица къ безличному предмету. Съ такимъ пониманіемъ нельзя согласиться, какъ въ этомъ легко убѣдиться путемъ анализа самаго прочнаго изъ «юридическихъ» отношеній лица къ предмету, какимъ является собственность. Право собственности есть право владѣть, пользоваться и распоряжаться вещами безъ всякаго ограниченія съ тѣмъ однако, чтобы не дѣлать изъ нихъ употребленія, воспрещеннаго законами или особыми правилами. Указанному праву собственника

[1] Для наличности юридическаго отношенія между двумя лицами (А и В) необходимо: 1) совпаденіе субъекта права съ адресатомъ обязанности (В обязанъ по отношенію къ А, А имѣетъ право по отношенію къ В; если отъ исполненія обязанности В случайно выгадываетъ С, то это рефлексъ субъективнаго права А, а не юридическое отношеніе между В и С); 2) противоположеніе юридическаго объекта обязанности объекту права (facere — accipere, non facere — non pati, pati — facere aut non facere); 3) единство юридич. объекта второго порядка (В обязанъ передать проданную вещь, А имѣетъ право получить именно эту вещь, а не иную).

не можетъ соотвѣтствовать обязанность вещи — предоставлять себя въ его владѣніе, пользованіе и распоряженіе. Этому праву соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ другихъ лицъ (всякаго участника общежитія) терпѣть такое исключительное владѣніе, пользованіе и распоряженіе вещью и ни въ чемъ ему не препятствовать. Юридическое отношеніе существуетъ, слѣдовательно, только между лицами по поводу вещей, а не между лицами и вещами.

Животныя, какъ сказано, относятся къ категоріи вещей. У нѣкоторыхъ юристовъ (напр. у Беккера) возникаетъ однако мысль о томъ, будто животныя могутъ быть субъектами правъ. Въ видѣ примѣра приводятъ случай отказа по завѣщанію извѣстной суммы на содержаніе любимой собаки. Можно бы привести и еще примѣръ, — помѣщеніе собаки въ платную ветеринарную клинику. Изъ этихъ примѣровъ дѣлаютъ выводъ, что въ обоихъ случаяхъ собакѣ принадлежатъ права: право собственности на отказанную денежную сумму и право на содержаніе и лѣченіе въ клиникѣ. Само собою понятно, что у собаки нѣтъ никакого права. Въ первомъ случаѣ есть лишь обязанность главнаго наслѣдника содержать собаку на отказанную сумму, во второмъ — право помѣстившаго собаку на ея содержаніе и лѣченіе.

Л. І. Петражицкій не считаетъ раба въ положеніи объекта юридическаго отношенія и видитъ въ немъ субъекта, обладающаго одной лишь пассивной правоспособностью. Съ такимъ воззрѣніемъ нельзя согласиться. Юридическія отношенія существовали у рабовладѣльца только со свободными людьми по поводу раба, отношенія же его къ рабу были отношеніями къ вещи, которой онъ неограниченно владѣлъ, пользовался и распоряжался.

Къ нематеріальнымъ благамъ относятся такія блага, какъ честь, неприкосновенность личности, неприкосновенность жизни и т. д. Мы знаемъ, что право допускаетъ передачу другимъ лицамъ тѣхъ притязаній, которыми мы обладаемъ по отношенію къ обязаннымъ намъ лицамъ. Такъ, напр., я могу подарить или продать свое долговое требованіе. Съ лицомъ, которому я продамъ или подарю долговое требованіе, у меня возникнетъ юридическое отношеніе. Объектомъ этого отношенія будетъ мое долговое требованіе, или мое субъективное право кредитора. Точно также я могу путемъ особаго соглашенія перевести на другое лицо лежащую на мнѣ юридическую обязанность. Такъ, напр., я нанимаю за особую плату лицо, которое обязывается за меня исполнить какой либо заказъ. Въ обоихъ случаяхъ объектомъ будутъ то право, та обязанность, т. е. элементы юридическаго отношенія. Ихъ тоже слѣдуетъ отнести къ категоріи нематеріальныхъ благъ, которыя римскіе юристы называли безтѣлесными вещами (res incorporales).

Третью категорію юридическихъ объектовъ второго рода составляютъ дѣйствія людей. Здѣсь разумѣются какъ дѣйствія обязаннаго, такъ и управомоченнаго. Такъ, напр., въ юридическомъ отношеніи личнаго найма объектомъ являются дѣйствія (услуги) обязаннаго; въ юридическомъ отношеніи, вытекающемъ изъ установленной нормою свободы передвиженія, объектомъ являются дѣйствія управомоченнаго лица.

По поводу дѣйствій можно сказать, что здѣсь объектомъ являются отдѣльныя проявленія личности человѣка. Личность въ цѣломъ была объ-

ектомъ права при существованіи рабства. Съ паденіемъ послѣдняго человѣкъ, какъ таковой, пересталъ быть объектомъ права. Тѣмъ не менѣе, однако довольно распространеннымъ является среди юристовъ мнѣніе, будто и при отсутствіи рабства люди являются объектомъ права. Указываютъ, что въ отношеніяхъ семейственныхъ и отношеніяхъ между государствомъ и подданными объектами являются люди: жена, дѣти, подданные. Мнѣніе это не правильно. И въ отношеніи къ семьѣ, и въ отношеніи къ государству люди остаются субъектами, а объектомъ являются лишь извѣстныя проявленія ихъ личности, ихъ дѣйствія. Объектомъ являются не жена, не дѣти, не подданные, а тѣ дѣйствія, которыя они совершаютъ для осуществленія супружескаго сожитія, обязанностей къ родителямъ и къ государству.

Ознакомившись съ ученіемъ объ объектѣ юридическаго отношенія, мы можемъ отдать себѣ болѣе сознательный отчетъ въ томъ различіи, которое проводится между объектомъ перваго рода и объектомъ второго рода. Различіе это должно быть поставлено въ связь съ ученіемъ о цѣли въ правѣ (§ 9). Мы различали двоякую цѣль въ правѣ: обезпеченіе свободы и обезпеченіе интереса. Двоякой цѣли соотвѣтствуетъ и двоякій характеръ объекта: объектъ перваго рода это объектъ свободы, объектъ второго рода это объектъ интереса. Въ самомъ дѣлѣ, различныя сочетанія дѣланія, недѣланія и терпѣнія устанавливаютъ предѣлы индивидуальной свободы, а вещи, нематеріальныя блага и дѣйствія служатъ удовлетворенію нашихъ интересовъ. Общая теорія права должна различать указанные два рода объектовъ. Догматическая юриспруденція, служащая дѣлу практическаго примѣненія права и потому имѣющая въ виду прежде всего прикладную цѣль обезпеченія интересовъ, упускаетъ изъ виду объекты перваго рода и говоритъ только объ объектахъ второго рода. Къ сожалѣнію, узкое догматическое ученіе является распространеннымъ и среди теоретиковъ права.

IV. Выше при изученіи составныхъ частей въ построеніи юридической нормы (см. стр. 113—114) мы говорили, что право не дѣлитъ людей на двѣ категоріи такъ, чтобы на однихъ налагались только обязанности, а другимъ присваивались бы одни притязанія, но что, напротивъ того, всякій человѣкъ призывается къ исполненію обязанности и надѣляется притязаніемъ, смотря по особенностямъ тѣхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя онъ становится въ разное время и при различныхъ обстоятельствахъ къ другимъ людямъ. Особенности этихъ жизненныхъ отношеній, являющіяся условіями возникновенія взаимныхъ обязанностей и правъ между двумя лицами, опредѣляются въ гипотезѣ юридической нормы. При изученіи послѣдней мы не останавливались на вопросѣ объ основныхъ видахъ этихъ условій возникновенія между лицами взаимныхъ обязанностей и правъ, т. е. юридическихъ отношеній, потому что разсмотрѣніе этого вопроса было бы не вполнѣ ясно безъ предварительнаго ученія объ юридическихъ отношеніяхъ. Ознакомившись съ послѣднимъ, мы теперь восполнимъ получившійся пробѣлъ.

Жизненные факты, признаваемые гипотезою юридической нормы за условія возникновенія юридическихъ отношеній, принято называть на техническомъ языкѣ правовѣдѣнія юридическими фактами. Юридическій

фактъ это всякое обстоятельство, предусматриваемое гипотезою юридической нормы и влекущее за собою, какъ слѣдствіе, возникновеніе, равно измѣненіе и прекращеніе юридическаго отношенія.

До сихъ поръ наука не выработала схемы раціональной классификаціи юридическихъ фактовъ. Не вдаваясь въ обсужденіе многочисленныхъ и многообразныхъ контроверзъ по этому вопросу, остановимся на той классификаціи, которую можно считать наиболѣе принятой.

Въ основу наиболѣе принятой классификаціи юридическихъ фактовъ положены два начала: 1) отношеніе ихъ къ волѣ лица, и 2) отношеніе ихъ къ нормѣ объективнаго права. По первому признаку различаются: 1) такіе юридическіе факты, которые совершаются безъ участія воли лица, 2) такіе, которые совершаются при участіи воли лица. Первые называются юридическими событіями; вторые — юридическими дѣйствіями. Второй классификаціонный признакъ приводитъ къ дѣленію всѣхъ юридическихъ фактовъ на: 1) согласные съ объективнымъ правомъ, или правомѣрные, и 2) на противорѣчащіе объективному праву, или неправомѣрные. Указанное различіе равно примѣнимо какъ къ юридическимъ событіямъ, такъ и къ юридическимъ дѣйствіямъ, и потому выступаетъ въ качествѣ подраздѣленія тѣхъ и другихъ. Оба классификаціонныхъ признака такимъ образомъ взаимно перекрещиваются и даютъ въ результатѣ четырехчленный составъ классификаціонной схемы.

Юридическіе факты дѣлятся согласно этой схемѣ на: 1) правомѣрныя юридическія событія, или юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ этого слова; 2) правомѣрныя юридическія дѣйствія, или просто юридическія дѣйствія; 3) неправомѣрныя юридическія событія; 4) неправомѣрныя юридическія дѣйствія, или правонарушенія.

Юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ это такія внѣшнія событія, которыя не содержатъ въ себѣ ничего неправомѣрнаго и влекутъ за собою, независимо отъ воли людей, установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній. Таковы, нпр.: рожденіе, достиженіе опредѣленнаго возраста, особенно совершеннолѣтія, смерть, истеченіе опредѣленнаго времени, измѣненіе русла рѣки, образованіе новаго острова, произрастаніе плодовъ и т. п. События эти обусловливаютъ собою возникновеніе правоспособности и цѣлаго ряда правъ для новорожденнаго (правъ гражданства, наслѣдственныхъ и т. д.), пріобрѣтеніе права распоряжаться своимъ имуществомъ для совершеннолѣтняго, открытіе наслѣдства, возникновеніе права собственности на намывъ, новый островъ, плоды и т. п.

Юридическое дѣйствіе, или юридическій актъ, есть дозволенное правомъ дѣйствіе лица, направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическаго отношенія. Юридическія дѣйствія, совершаемыя частными лицами, называются юридическими сдѣлками. Юридическія дѣйствія, совершаемыя органами государственной власти, называютъ распоряженіями.

Юридическія сдѣлки различаются односторонніе и двусторонніе, въ зависимости отъ того, требуется ли для ихъ совершенія участіе воли одного лица или соучастіе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ.

Односторонней сдѣлкой являются: завѣщаніе, отказъ отъ наслѣдства, захватъ (occupatio) безхозяйной вещи и т. п. Двусторонній характеръ имѣютъ всѣ договоры, нпр., — купля-продажа (emptio-venditio), наемъ (conductio-locatio) и т. п. Понятіе двусторонности примѣнимо и къ *распоряженіямъ*, когда послѣднія дѣлаются по предварительному обращенію (просьбѣ) частныхъ лицъ, нпр., выдача разрѣшенія на открытіе торговаго заведенія, пріемъ учащагося въ правительственное учебное заведеніе и т. п.

Для совершенія юридическаго дѣйствія лицо должно обладать *дѣеспособностью*, т. е. установленною объективнымъ правомъ способностью къ совершенію юридическихъ дѣйствій. Законодательства ставятъ различныя условія для признанія, отрицанія и ограниченія дѣеспособности. Наиболѣе общимъ требованіемъ для признанія дѣеспособности лица является требованіе совершеннолѣтія и нормальнаго психическаго состоянія[1]. Въ основу этихъ требованій положена та правильная мысль, что устанавливать, измѣнять и прекращать юридическія отношенія можетъ лишь тотъ, кто въ состояніи здраво и зрѣло понимать и предвидѣть послѣдствія своихъ дѣйствій. Недѣеспособные замѣняются въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ *представителями* (о чемъ см. ниже § 26).

Юридическія лица могутъ совершать юридическія дѣйствія не иначе, само собою понятно, какъ при посредствѣ физическихъ лицъ. Отдѣльныя физическія лица или коллегіи физическихъ лицъ, выражающія волю юридическаго лица и осуществляющія ее во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, называются органами юридическаго лица. Въ томъ же актѣ государственной власти, на основаніи котораго возникаетъ юридическое лицо (см. выше стр. 123), устанавливается и порядокъ образованія и функціонированія его органовъ. Дѣеспособность органа юридическаго лица называется его компетенціей, или вѣдѣніемъ. Компетенція опредѣляетъ тѣ дѣла, по которымъ органъ правомѣрно отправляетъ функцію выраженія и проявленія въ дѣйствіи воли юридическаго лица. Дѣйствія органа внѣ предѣловъ компетенціи представляютъ собою поступки физическихъ лицъ, а не юридическія дѣйствія юридическаго лица.

Неправомѣрныя событія—это внѣшнія событія, противныя требованію юридическихъ нормъ и влекущія за собою установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній помимо воли людей. Таковы, нпр., обвалъ стѣны, сносъ крыши вѣтромъ, крушеніе поѣзда, несчастный случай на фабрикѣ (разрывъ парового котла и т. п.), наводненіе и т. п. Возникаютъ юридическія отношенія между собственникомъ стѣны, крыши и лицами, которыя потерпѣли отъ обвала стѣны, заноса крыши на ихъ землю, между желѣзной дорогой и пострадавшими пассажирами, между фабрикантомъ и пострадавшими рабочими; въ случаѣ наводненія свидѣтель освобождается отъ обязанности явиться въ судъ и т. п. Къ неправомѣрнымъ событіямъ приравниваются неправомѣрныя по своимъ послѣдствіямъ дѣй-

[1] Само собою разумѣется, что для дѣеспособности необходима наличность правоспособности. Не можетъ своими дѣйствіями устанавливать юридическія отношенія тотъ, кто не способенъ быть субъектомъ послѣднихъ. Понятіе дѣеспособности по содержанію шире понятія правоспособности; слѣдовательно, по объему понятіе дѣеспособности уже понятія правоспособности.

ствія домашнихъ животныхъ. Если моя собака утащитъ у кого либо съѣстное, это обязываетъ меня къ вознагражденію потерпѣвшаго.

Правонарушенія суть запрещенныя юридическою нормою дѣйствія людей. Дѣйствія разумѣются здѣсь какъ положительныя, такъ и отрицательныя, т. е. какъ содѣяніе запрещеннаго, такъ и несодѣяніе требуемаго, напр., кража, неуплата долга и т. п. Правонарушеніе вызываетъ установленіе юридическаго отношенія между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ, а въ случаяхъ, когда правонарушеніе влечетъ за собою наказаніе, также и отношенія между нарушителемъ права и государствомъ. О значеніи и разныхъ видахъ правонарушенія будетъ еще рѣчь впереди въ главѣ объ осуществленіи права (§ 27).

ГЛАВА IV. ПОЛОЖИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И ФОРМЫ ЕГО ПРОЯВЛЕНІЯ

§ 16. ПОНЯТІЕ ИСТОЧНИКОВЪ ПРАВА И НОРМАТИВНЫХЪ ФАКТОВЪ

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 51; Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. II, § 39; E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III Bd.

Совокупность юридическихъ нормъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ организованнаго общественнаго союза (въ новое время преимущественно государства), а также въ отношеніяхъ между организованными общественными союзами (въ т. н. международномъ, или междугосударственномъ общеніи) называется положительнымъ правомъ. Терминъ «положительный» обозначаетъ въ данномъ случаѣ два характерныхъ для права момента: 1) то, что право производитъ положительный эффектъ, т. е. дѣйствительно регулируетъ поведеніе людей, и 2) то, что это право положенное, или установленное извѣстнымъ внѣшнимъ авторитетомъ (см. § 7).

Положительное право противополагалось и въ силу исконно исторической традиціи противополагается праву естественному, которое основывали на внутреннемъ авторитетѣ разума, выводящаго нормы изъ сущности, или природы вещей, и которое одни признавали безусловно дѣйствующимъ, другіе же только относительно дѣйствующимъ (подробнѣе въ слѣд. главѣ).

Въ новѣйшее время Л. І. Петражицкій противополагаетъ положительному праву не естественное, а интуитивное право, подъ которымъ разумѣетъ автономное, не ссылающееся на какое либо внѣшнее установленіе, правовое переживаніе, которое по содержанію своему является принципіально индивидуальнымъ (II_2, 480) и потому вполнѣ справедливо характеризуется Л. І. Петражицкимъ, какъ мнѣніе (I_2, 171).

Выше намъ уже приходилось говорить объ интуитивномъ правѣ (§ 7), и мы показали, что право по существу своему не можетъ быть автономнымъ, и что «интуитивное право» Л. І. Петражицкаго есть лишь субъективное индивидуальное представленіе о правѣ, какъ объективной соціальной нормѣ гетерономнаго характера. Такое индивидуальное субъективное представленіе, или мнѣніе (какъ выражается самъ Л. І. Петражицкій) о правѣ давно извѣстно наукѣ подъ именемъ положительнаго правосознанія, или, какъ въ новѣйшее время предпочитаютъ гово-

рить, положительнаго чувства права, либо точнѣе субъективнаго чувства и сознанія положительнаго права. Субъективное правовое чувство и правосознаніе не есть еще право, какъ опредѣленная объективная норма соціальнаго поведенія. Оно представляетъ собою лишь тотъ психологическій и логическій матеріалъ, изъ котораго образуется положительное право, и на которомъ по существу основывается его дѣйствіе. Если бы не было субъективнаго чувства и сознанія права, то не могло бы существовать и положительное право, но само по себѣ правовое чувство и правосознаніе не есть еще, повторяемъ, дѣйствующее право.

Не смотря на то, что Л. І. Петражицкій характеризуетъ интуитивное право, какъ мнѣніе, онъ не ограничиваетъ значенія интуитивнаго права предѣлами мнѣнія и приписываетъ ему качество дѣйствующаго права. Дѣйствіе права въ общественной жизни дѣлится Л. І. Петражицкимъ на три области: 1) область исключительнаго существованія и дѣйствія позитивнаго (положительнаго) права, т. е. права, установленнаго внѣшнимъ авторитетомъ, 2) область исключительнаго существованія и дѣйствія интуитивнаго права, и 3) область параллельнаго существованія и дѣйствія обоихъ видовъ права. Оставляя въ сторонѣ распредѣленіе этихъ областей по содержанію регулируемаго ими поведенія, мы должны поставить вопросъ о томъ, какимъ образомъ можетъ дѣйствовать интуитивное право. Такъ какъ «интуитивныхъ правъ столько, сколько индивидовъ» (Петражицкій, II_2, 480), то интуитивное право можетъ дѣйствовать только въ тѣхъ случаяхъ, когда интуитивно-правовыя мнѣнія сторонъ относительно ихъ взаимныхъ обязанностей и правъ совпадаютъ по содержанію (см. II, 495). Эти случаи не рѣдки, потому что общность объективныхъ условій и факторовъ развитія приводитъ къ общности интуитивно-правовыхъ представленій по группамъ, кружкамъ и классамъ индивидовъ (II_2, 480) и еще болѣе потому, что вырабатываются, очевидно подъ вліяніемъ тѣхъ же объективныхъ условій, несомнѣнныя для всѣхъ «аксіомы интуитивнаго права» (II_2, 615). При этихъ условіяхъ дѣйствія интуитивное право представляется намъ надѣленнымъ двумя слѣдующими чертами: 1) болѣе или менѣе широкимъ массовымъ признаніемъ его обязательности, или говоря иначе, массовымъ сознаніемъ его необходимости, и 2) однообразнымъ соблюденіемъ его въ болѣе или менѣе широкихъ общественныхъ группахъ. Но этими же чертами, какъ увидимъ ниже (§ 17), характеризуется одинъ изъ видовъ положительнаго права, — право обычное. На этомъ основаніи мы можемъ сказать, что интуитивное право въ своемъ объективномъ дѣйствіи есть ничто иное, какъ обычное право. Разсматриваемое же въ стадіи субъективнаго мнѣнія, не пріобрѣтшаго еще объективнаго дѣйствія, оно есть субъективное чувство и сознаніе права, служащее матеріаломъ для положительнаго права и внутренней основой его дѣйствительности.

Можно вообразить себѣ и даже наблюдать моментъ непосредственнаго перехода извѣстнаго юридическаго сужденія изъ области субъективнаго правосознанія въ область положительнаго права. Такой именно моментъ имѣетъ въ виду Н. М. Коркуновъ, когда говоритъ: «Дѣйствовать можетъ и норма, не выразившаяся еще ни въ законѣ, ни въ обычаѣ, ни въ судебной

практикѣ, и такое дѣйствіе нормы есть необходимое предположеніе образованія обычая и судебной практики» (изд. 3-ье, стр. 285—286). Мы должны сказать, что здѣсь имѣется на лицо не условіе образованія того или другого вида положительнаго права, а самое его образованіе, законченное для опредѣленнаго конкретнаго случая; слѣдовательно, здѣсь дѣйствуетъ уже та или другая норма положительнаго права. Нѣтъ поэтому и для указаннаго момента никакой надобности говорить о дѣйствіи особаго интуитивнаго права, или же устанавливать спеціальный видъ положительнаго права, вытекающаго изъ правового чувства (какъ это дѣлаетъ, нпр., Игн. Корнфельдъ), такъ какъ въ матеріальномъ смыслѣ все положительное право вытекаетъ изъ сочетанія наличныхъ въ данномъ общежитіи субъективныхъ правовыхъ представленій.

Превращеніе субъективнаго чувства и сознанія права въ право положительное можно назвать позитиваціей права. Позитивація права совершается подъ воздѣйствіемъ разнаго рода внѣшнихъ для обязаннаго или управомоченнаго индивида фактовъ, которые принято называть традиціонно источниками права, и для которыхъ Л. І. Петражицкій предложилъ новое названіе, — нормативныхъ фактовъ.

Традиціонное названіе «источниковъ права» (fontes iuris, Rechtsquellen, sources du droit), ведетъ свое начало, по указанію нѣкоторыхъ изслѣдователей, отъ Тита Ливія, который въ своей исторіи называетъ законъ XII таблицъ «источникомъ всего публичнаго и частнаго права» (fons omnis publici privatique iuris). Терминъ этотъ имѣетъ нѣсколько значеній, которыя необходимо различать въ видахъ правильнаго установленія того смысла, въ которомъ онъ употребленъ нами выше. Различаютъ обыкновенно: 1) источники познанія права, 2) источники права въ матеріальномъ смыслѣ, или правопроизводящіе факторы и 3) источники права въ формальномъ смыслѣ, или факты, вызывающіе позитиваціо права.

Источники познанія права понимаются въ томъ смыслѣ, въ какомъ говоритъ объ источникахъ историческая наука. Подъ источниками познанія права разумѣется все то, что содержитъ въ себѣ данныя для познанія права опредѣленнаго общества въ ту или другую эпоху. Сюда относятся тексты законовъ, записи обычаевъ, судебныя дѣла, лѣтописи современниковъ, памятники народной словесности, литературныя произведенія и т. д.

Источникомъ права въ матеріальномъ смыслѣ является прежде всего субъективное правосознаніе. Послѣднее однако не есть нѣчто самодовлѣющее, не представляетъ собою мистическаго содержанія общечеловѣческаго, или народнаго духа. Оно слагается подъ вліяніемъ различныхъ общественныхъ интересовъ, нравственныхъ идей и религіозныхъ вѣрованій. Всѣ эти факторы опредѣляютъ содержаніе субъективнаго правосознанія, а также то своеобразное и измѣняющееся во времени и по мѣстамъ сочетаніе наличныхъ въ обществѣ субъективныхъ правовыхъ представленій, выраженіемъ котораго оказывается положительное право. Такимъ образомъ всѣ факторы общественнаго развитія оказываются правопроизводящими факторами, или источниками права въ матеріальномъ смыслѣ.

Наконецъ, подъ источникомъ права въ формальномъ смыслѣ разумѣется спеціальный юридическій терминъ для обозначенія тѣхъ внѣшнихъ фактовъ,

съ которыми связывается позитивація права, т. е. установленіе объективно обязательныхъ юридическихъ нормъ.

Указанное многообразіе значенія «источниковъ права» и необходимость оговаривать спеціальный смыслъ формальнаго источника права свидѣтельствуютъ о томъ, что этотъ старинный терминъ не особенно удаченъ. Поэтому заслуживаетъ вниманія и признанія вводимый Л. І. Петражицкимъ терминъ «нормативный фактъ», такъ какъ онъ не даетъ повода для недоразумѣнія и болѣе соотвѣтствуетъ существу обозначаемаго понятія. Въ самомъ дѣлѣ, процессъ позитивиціи права представляетъ собою превращеніе извѣстнаго представленія, мнѣнія, сужденія о правахъ и обязанностяхъ въ обязательную норму поведенія. Фактъ, съ которымъ соединяется такое превращеніе, вполнѣ правильно и умѣстно назвать нормативнымъ фактомъ.

Нормативные факты слѣдуетъ отличать отъ юридическихъ фактовъ, или, какъ ихъ называютъ нѣкоторые ученые (Бирлингъ, Петражицкій), релевантныхъ (для права) фактовъ. Юридическіе факты это, какъ мы уже знаемъ (см. стр. 131—132), факты, съ которыми соединяется возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Нормативные же факты это тѣ факты, съ которыми связана позитивація права, т. е. установленіе самой нормы права. Юридическіе факты предусматриваются въ гипотезѣ юридической нормы и только отъ этого получаютъ самое качество фактовъ юридическихъ. Слѣдовательно, юридическіе факты не мыслимы безъ представленія юридической нормы и, очевидно, не могутъ быть смѣшиваемы съ нормативными фактами, устанавливающими дѣйствіе юридической нормы. Между тѣмъ, у нѣкоторыхъ теоретиковъ права замѣчается смѣшеніе нормативныхъ фактовъ съ юридическими фактами. Особенно страдаетъ этимъ Бирлингъ, согласно которому нормальными формами образованія права, т. е. источниками права, являются, съ одной стороны, юридическія сдѣлки, съ другой, — юридическій обычай. Юридическая сдѣлка, являющаяся, какъ знаемъ, юридическимъ фактомъ, возводится Бирлингомъ на степень нормативнаго факта, и такой нормативный фактъ первостепенной важности, какъ законъ, признается у него лишь однимъ изъ видовъ юридической сдѣлки. Возведеніе всякой юридической сдѣлки на степень источника права вызывается неправильнымъ пониманіемъ взаимоотношенія между субъективною и объективною стороною права. Бирлингъ, очевидно, предполагаетъ, что субъективная сторона права можетъ быть отдѣлена отъ объективной и явиться фактомъ, съ которымъ связана позитивація права. На самомъ дѣлѣ этого не можетъ быть. Юридическая сдѣлка, устанавливающая юридическое отношеніе, предполагаетъ наличность юридической нормы, хотя бы даже позитивація послѣдней проявилась впервые при установленіи даннаго юридическаго отношенія. При наблюденіи такого первоначальнаго момента позитивиціи права мы должны различать проявленіе позитивиціи объективной юридической нормы и самую юридическую сдѣлку, какъ юридическій фактъ, предусматриваемый гипотезой нормы. Само собою разумѣется, что такіе первоначальные моменты наблюдаются чрезвычайно рѣдко. Поэтому тѣмъ менѣе имѣется основаніе для признанія всякой юридической сдѣлки источникомъ права. Сведеніе всего значенія закона къ признанію его

однимъ изъ видовъ юридической сдѣлки представляетъ собою сужденіе въ высшей степени одностороннее. Законъ, какъ установленіе юридической нормы государственною властью, есть прежде всего нормативный фактъ, именно — сообщеніе нормѣ обязательнаго характера въ силу велѣнія государственной власти. Самое изданіе закона есть дѣйствіе опредѣленнаго органа государственной власти, дѣйствіе правомѣрное, которое устанавливаетъ юридическое отношеніе между государственною властью и подданными, отношеніе, слагающееся изъ взаимныхъ обязанностей и притязаній обѣихъ сторонъ на подчиненіе вновь созданной юридической нормѣ. Въ этомъ смыслѣ конечно законъ представляетъ собою видъ юридической сдѣлки. Нельзя однако ограничиваться этой одной стороной закона и не выдѣлять въ немъ значенія нормативнаго факта. Какъ видимъ, смѣшеніе нормативныхъ фактовъ съ юридическими фактами не допустимо [1].

§ 17. ОСНОВНЫЕ ИСТОЧНИКИ И ВИДЫ ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ПРАВА

Th. Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, I Bd., 2 Aufl., 1912, см. Quellenlehre; І. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, часть II; П. Г. Виноградовъ, Очерки по теоріи права, главы V—VIII; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890; Paul Oertmann (Эртманнъ), Обычай и законъ, р. перев., 1899; H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1890, §§ 3 и 4; G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892, XII: Die rechtsbegründeten staatlichen Akte; В. И. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права, въ журн. «Наблюдатель», 1882 г., №№ 1 и 2; Ѳ. И. Леонтовичъ, Старый земскій обычай, 1889; Л. І. Петражицкій, статьи объ обычномъ правѣ въ газетѣ «Право», 1899 г., №№ 2, 5, 7—9, 12, 16, 18; Г. В. Демченко, Судебный прецедентъ, 1903; E. Lambert, Études du droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé, 1903; Marc Réglade, La coutume en droit public interne, 1919, introduction et chapitres I et II.

Источники права, или нормативные факты, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ четыремъ категоріямъ, каковы: 1) установленіе единоличнаго авторитета (лица физическаго или юридическаго), 2) установленіе коллективнаго (массоваго) авторитета, 3) договоръ, или соглашеніе двухъ или многихъ лицъ (физическихъ или юридическихъ), 4) практика государственныхъ учрежденій, въ особенности судебная практика.

I. Въ процессѣ историческаго развитія положительнаго права различаются слѣдующіе правотворящіе авторитеты единолич-

[1] Въ одномъ мѣстѣ Теоріи права и государства Л. І. Петражицкаго читаемъ слѣдующее: «противопоставленіе (договоровъ и вообще юридическихъ сдѣлокъ источникамъ права) слѣдуетъ устранить изъ теоріи права, причисливъ договоры и другія сдѣлки къ нормативнымъ фактамъ положительнаго права» (II_2, 598). Это мѣсто можетъ дать поводъ къ предположенію, будто Л. І. Петражицкій смѣшиваетъ нормативные факты съ юридическими фактами. Такой выводъ противорѣчилъ бы какъ всему ученію Л. І. Петражицкаго о нормативныхъ фактахъ, такъ и той спеціальной оговоркѣ, которая сдѣлана на той же страницѣ въ подстрочномъ примѣчаніи къ приведенному нами мѣсту текста. Впрочемъ, ниже мы отмѣчаемъ два случая смѣшенія Л. І. Петражицкимъ юридическихъ фактовъ съ нормативными (см. § 18).

наго характера: 1) авторитетъ Божества, 2) авторитетъ государственной власти, и 3) авторитетъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, пріобрѣтенный ими благодаря особымъ нравственнымъ достоинствамъ или же благодаря особымъ профессіональнымъ познаніямъ.

Ссылкою на авторитетъ Божества устанавливается — законъ Божій (lex Dei), или нормы религіознаго права. Это древнѣйшій видъ закона, нѣкогда опредѣлявшій всѣ стороны общественной жизни и нынѣ сохраняющій свое дѣйствіе въ предѣлахъ европейской культуры въ области церковнаго права (см. о послѣднемъ § 23). Мы здѣсь говоримъ объ юридическомъ законѣ Божьемъ, а не о нравственномъ, и не о спеціально религіозномъ.

Юридическія нормы, устанавливаемыя авторитетомъ государственной власти, называются законами. Въ отличіе отъ закона Божьяго ихъ можно бы назвать государственными, если-бы съ терминомъ «государственные законы» не соединялся болѣе тѣсный смыслъ юридическихъ нормъ, содержаніемъ которыхъ является опредѣленіе устройства и компетенціи органовъ государственной власти. Поэтому ограничимся простымъ терминомъ: «законы», и, согласно общепринятому словоупотребленію, будемъ всегда понимать подъ ними юридическія нормы, устанавливаемыя государственной властью.

Въ настоящее время признается несомнѣннымъ, что источникомъ права законнаго можетъ быть только авторитетъ своей, такъ сказать, государственной власти, т. е. авторитетъ государственной власти въ предѣлахъ подлежащей ей территоріи и по отношенію къ подданному ей населенію. Такое положеніе установилось въ процессѣ историческаго развитія права сравнительно недавно, — не раньше XVI вѣка. До этого времени достаточнымъ для правотворенія авторитетомъ могла пользоваться и чужая государственная власть, особенно — если по какимъ либо основаніямъ ей приписывалось выдающееся значеніе. Такимъ значеніемъ пользовалась въ средніе вѣка римская государственная власть какъ западная, такъ и восточная, въ силу соотвѣтствія ея освященной христіанствомъ вселенской (каѳолической) идеѣ. Этимъ объясняется дѣйствіе въ средніе вѣка римскаго права (Corpus iuris civilis) въ цѣломъ рядѣ западно-европейскихъ государствъ и греко-римскаго, или византійскаго права (Эклоги, Прохирона и др. законодательныхъ сборниковъ) въ Россіи.

Признаніе обязательности иноземнаго права извѣстно подъ названіемъ рецепціи (воспріятія) права. Относительно рецепціи сложилось спеціальное ученіе. Различаютъ два вида рецепціи: совершающуюся по повелѣнію государственной власти реципирующей страны или же безъ такого повелѣнія путемъ обычая и судебной практики; первый видъ называютъ законодательной рецепціей, второй — узуальной (обычной). Образцомъ перваго вида считаютъ, напр., введеніе французскаго гражданскаго кодекса въ странахъ, которыя завоевалъ Наполеонъ, введеніе нѣмецкаго городского права въ Чехіи, Польшѣ, Литвѣ и Руси по привилегіямъ, которыя жаловались городамъ королями, великими князьями и иными владѣтельными особами, или заимствованіе парламентскаго строя Англіи, проведенное въ конституціонныхъ законахъ государствъ европейскаго материка. Образцомъ узуальной рецепціи считаютъ рецепцію

римскаго права на западѣ Европы и рецепцію греко-римскаго права въ Россіи. Подраздѣляемую на эти два вида рецепцію права въ прежнее время признавали даже особымъ самостоятельнымъ источникомъ права. Съ послѣдней точкой зрѣнія никакъ нельзя согласиться. Для позитиваціи права имѣетъ значеніе не самое содержаніе юридическихъ нормъ и не ихъ географическое и этнографическое происхожденіе, а наличность опредѣленнаго нормативнаго факта. Такимъ нормативнымъ фактомъ при рецепціи является законъ или обычай, которые вводятъ дѣйствіе иноземнаго права, а не самая рецепція. Вслѣдствіе этого нельзя ни выдѣлять рецепцію въ качествѣ самостоятельнаго источника права, какъ это дѣлали прежде, ни подводить ее въ качествѣ особой разновидности подъ категорію одного лишь законнаго права, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые изслѣдователи въ новѣйшее время (напр. Игн. Корнфельдъ).

Признавая вполнѣ правильность различія законодательной и узуальной рецепціи, мы полагаемъ однако, что сведеніе всего историческаго процесса рецепціи римскаго права къ рецепціи узуальной не правильно. Первоначально римское право примѣнялось какъ законъ чужой государственной власти, которую признавали достаточно авторитетной для того, чтобы видѣть въ ея установленіи обязательную юридическую норму. Это было возможно, благодаря тому, что собственная государственная власть не доросла до того состоянія, при которомъ законодательство становится монополіей туземной государственной власти. Когда государственная власть настолько окрѣпла, что стала тяготиться авторитетомъ вселенской римской императорской власти, то послѣдовали даже формальныя запрещенія примѣнять римское право въ государственныхъ судахъ. Но римское право настолько вошло въ жизнь и настолько ощущалась потребность въ дальнѣйшемъ его примѣненіи, что запреты оставались мертвой буквой. Чтобы спасти престижъ государственной власти и примирить его съ дѣйствіемъ иноземнаго права, легисты стали объяснять это дѣйствіе, съ одной стороны, авторитетомъ разума (non ratione imperii, sed imperio rationis), выраженнаго въ римскомъ правѣ, съ другой стороны, авторитетомъ судебной практики (usus fori) [1]. Такое объясненіе ихъ не было голословнымъ измышленіемъ. Оно соотвѣтствовало новымъ фактамъ: съ одной стороны, разумъ признавался источникомъ естественнаго права, которое считали дѣйствующимъ и выраженіе котораго видѣли въ постановленіяхъ Corporis iuris civilis; съ другой стороны, въ судахъ дѣйствительно накопилась долговременная и обильная практика примѣненія римскаго права. Это новое объясненіе, соотвѣтствовавшее новому положенію дѣла, отнюдь не можетъ служить опроверженіемъ первоначальной стадіи рецепціи, которая основывалась на признаніи правотворящаго авторитета чужой государственной власти. Теорія права послѣдующаго времени настолько ушла отъ этого древняго воззрѣнія на авторитетъ чужой государственной власти, что не могла учесть подобнаго явленія.

Третьимъ видомъ правотворящаго авторитета единоличнаго характера является въ процессѣ историческаго развитія права авторитетъ отдѣль-

[1] Теорію узуальной рецепціи выдвинулъ впервые извѣстный нѣмецкій юристъ XVII в. Германъ Конрингъ (De origine iuris germanici, 1643).

ныхъ частныхъ лицъ, пріобрѣтенный ими благодаря особымъ нравственнымъ достоинствамъ или же благодаря особымъ профессіональнымъ познаніямъ. Сюда относится правотворящій авторитетъ пророковъ, проповѣдниковъ, отцовъ церкви и иныхъ религіозныхъ дѣятелей, съ одной стороны, и авторитетъ ученыхъ юристовъ, съ другой стороны. Первый сохраняется и донынѣ въ системахъ религіознаго права восточныхъ культуръ и въ области церковнаго права европейской культуры. Второй исчезъ въ качествѣ формальнаго правотворящаго фактора. Дѣйствіе и процвѣтаніе его относится къ исторіи развитія римскаго права и рецепціи его въ средніе вѣка и въ начальную эпоху новаго времени, когда оно создавало особый видъ положительнаго права, — т. н. право юристовъ (Juristenrecht), или научное право.

Въ развитіи римскаго права сыграли существенную роль ученые юристы (iurisprudentes, iurisperiti), которые путемъ толкованія и восполненія пробѣловъ основного правового матеріала XII таблицъ и позднѣйшаго законодательства выработали сложную и стройную систему гражданскаго права. Дѣятельность римскихъ юристовъ была свободной, самостоятельной и творческой, такъ что ихъ мнѣнія (responsa prudentum) пользовались такимъ же авторитетомъ, какъ и самые законы. Недаромъ Цицеронъ могъ отнести авторитетъ юристовъ къ нормативнымъ фактамъ, равносильнымъ съ законодательными велѣніями государственной власти и съ судебной практикой (... ius civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, [iuris] peritorum auctoritate consistat). Въ императорскій періодъ ius respondendi ученыхъ юристовъ подверглось законодательной регламентаціи. Было изданю нѣсколько законовъ, установившихъ, какія сочиненія юристовъ прежняго времени и въ какихъ предѣлахъ должны имѣть обязательное значеніе для судовъ. Наиболѣе важнымъ въ этомъ направленіи былъ законъ императора Валентиніана III (426 г.), который придалъ рѣшающее значеніе авторитету пяти великихъ юристовъ прежняго времени, — Папиніана, Павла, Ульпіана, Модестина и Гая. Императоръ Юстиніанъ, провозгласившій олицетворенную въ императорской особѣ государственную власть единственнымъ творцомъ и толкователемъ законовъ, все же призналъ, что этимъ его законодательнымъ повелѣніемъ не отмѣняется ни въ чемъ авторитетъ древнихъ юристовъ, названныхъ имъ творцами древняго права[1]. Правда, это послѣднее положеніе Юстиніанъ мотивировалъ тѣмъ, что правотворящая функція была дозволена юристамъ императорскою властью. Такая мотивировка представляетъ собою лишь отраженіе отмѣченнаго выше императорскаго законодательства въ дѣлѣ упорядоченія iuris respondendi, но отнюдь не можетъ опровергнуть прежняго самостоятельнаго правотворящаго авторитета профессіональныхъ юристовъ.

Аналогичное явленіе наблюдается въ исторіи рецепціи римскаго права. Толкованія ученыхъ юристовъ отодвинули на задній планъ непосредственный правовой матеріалъ Corporis iuris civilis, такъ что на ряду съ авторитетомъ иноземной государственной власти сталъ авторитетъ ученыхъ

[1] Tam conditor, quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur, nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.

юристовъ какъ туземныхъ, такъ и иноземныхъ. Это положеніе дѣла нашло себѣ выраженіе въ извѣстной поговоркѣ: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia. Такъ какъ глоссъ, или толкованій было много, и къ тому же они разнились во взглядахъ, то выработанъ былъ принципъ, согласно которому почиталось обязательнымъ общее мнѣніе ученыхъ (communis opinio doctorum), которое устанавливалось по расчету удѣльнаго вѣса разныхъ авторитетовъ и даже путемъ механическаго подсчета мнѣній школы и подчиненія мнѣнію численнаго большинства. Въ эпоху господства школы естественнаго права (XVII—XVIII вв.) наука права вновь пріобрѣла формальный правотворящій авторитетъ въ качествѣ глашатая права природы, или права разума, за которымъ признавали внѣшнюю обязательность особенно въ примѣненіи къ государственному устройству, управленію и международнымъ отношеніямъ. По мѣрѣ роста государственной власти и сосредоточенія въ ея рукахъ монополіи законодательства отпали правотворящія функціи ученыхъ юристовъ.

Такъ какъ старая теорія права выросла преимущественно на почвѣ разработки права римскаго, то вполнѣ понятно, что въ ней принято было ученіе о мнѣніяхъ ученыхъ юристовъ, или о наукѣ права, какъ объ источникѣ права. Это ученіе по традиціи повторялось и въ новое время, послѣ того какъ государственная власть лишила ученыхъ юристовъ формальной правотворящей функціи. Даже въ настоящее время слышатся отдѣльные отклики традиціоннаго ученія. Во всякомъ случаѣ считается до сихъ поръ необходимымъ ставить вопросъ о томъ, является ли и въ наше время наука права формальнымъ источникомъ права, и имѣется ли право юристовъ въ качествѣ особаго вида положительнаго права.

Для эпохи, когда ученые юристы дѣйствительно пользовались правотворящимъ авторитетомъ, нельзя не признавать въ ихъ мнѣніяхъ формальнаго источника права. Мы бы только сказали, что этотъ источникъ находится въ непосредственномъ родствѣ съ законодательствомъ и можетъ быть подведенъ вмѣстѣ съ нимъ и съ религіознымъ законодательствомъ подъ широкое родовое понятіе закона, какъ установленія единоличнаго авторитета, въ качествѣ законодательства науки. При современномъ состояніи государственной власти, ставшей монополистомъ въ области законодательства, не можетъ быть рѣчи объ авторитетѣ профессіональныхъ ученыхъ юристовъ, какъ формальномъ источникѣ права. Мнѣнія ученыхъ юристовъ и положенія науки права могутъ быть воспринимаемы и несомнѣнно воспринимаются и законодателемъ, и массою населенія, и судебными органами. Такимъ путемъ они становятся матеріальнымъ источникомъ законодательнаго, обычнаго права и права судебной практики. Само по себѣ «право юристовъ» не составляетъ вида положительнаго права, такъ какъ утраченъ учеными юристами формальный правотворящій авторитетъ. Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что процессъ установленія монополіи государственнаго законодательства и паденія законодательства науки совершался медленно. Еще въ XVIII столѣтіи у насъ въ Россіи дѣйствовалъ въ практикѣ торговаго оборота въ качествѣ законной книги учебникъ торговаго права моск. проф. Дильтея, во многомъ представлявшій собою русскій переводъ соотвѣтственнаго руководства Гейнекція.

У одного изъ теоретиковъ права нашихъ дней — Ѳ. Штернберга, встрѣчаемъ мысль о томъ, что въ будущемъ «праву юристовъ», или какъ говоритъ самъ авторъ, «научному праву» вновь предстоитъ стать однимъ изъ видовъ положительнаго права. Такой прогнозъ Штернбергъ строитъ на слѣдующихъ основаніяхъ. Общественная жизнь настолько усложнилась, что государственное законодательство не въ состояніи уже теперь, а тѣмъ болѣе не въ состояніи будетъ въ будущемъ охватить своей регламентаціей общественныя отношенія со всѣхъ сторонъ и въ многообразныхъ подробностяхъ. Государство не можетъ, да и не должно по своему высокому положенію обслуживать всѣ мельчайшія потребности общества въ правовой нормировкѣ и быть для него, какъ выражается Штернбергъ, одной прислугой ко всему (Mädchen für alles). Ограничившись установленіемъ основныхъ принциповъ и важнѣйшихъ положеній, государство должно предоставить юридическую регламентацію подробностей и отношеній второстепенной важности болѣе приспособленной къ тому наукѣ права. Общественная жизнь не только усложняется, но и измѣняется въ своемъ укладѣ, движется съ прогрессивно возрастающей скоростью. Государственное законодательство, будучи сложнымъ и медленно дѣйствующимъ механизмомъ, не въ состояніи поспѣвать за быстрымъ движеніемъ, и чѣмъ дальше впередъ, тѣмъ будетъ отставать отъ него все больше и больше. Поневолѣ придется предоставить поле дѣйствія «научному праву», болѣе гибкому, болѣе подвижному, идущему не только въ уровень съ жизнью, но и предвидящему направленіе и характеръ ея дальнѣйшаго развитія. По всѣмъ этимъ основаніямъ Штернбергъ предполагаетъ, что юристы не будутъ болѣе прикованы къ тачкѣ государственнаго законодательства и въ качествѣ свободныхъ общественныхъ мыслителей будутъ лишь по нѣкоторымъ вопросамъ подчинены государственному законодательству, а въ остальномъ пріобрѣтутъ авторитетъ самостоятельныхъ созидателей права. Такимъ то образомъ водворится «научное право будущаго» (das Wissenschaftsrecht der Zukunft). Это будущее наступитъ, по мнѣнію Штернберга, въ качествѣ необходимой стадіи развитія права, движущагося по тремъ историческимъ ступенямъ, — обычнаго права, законодательства и научнаго права, — соотвѣтствующимъ тремъ послѣдовательнымъ формамъ всякаго производства: навыку, ремеслу и наукѣ.

Мы не станемъ возражать противъ предусматриваемой Штернбергомъ возможности возрожденія формальнаго правотворящаго авторитета ученыхъ юристовъ. Нѣкогда они пользовались этимъ авторитетомъ, потому что государственная власть тогда еще не доросла до всесторонней правовой регламентаціи общественной жизни и допускала въ этомъ отношеніи частную конкуренцію. Въ настоящее время при всемъ напряженіи могущественныхъ силъ государственная власть дѣйствительно начинаетъ не поспѣвать обслуживать своимъ монопольнымъ производствомъ всѣ потребности общества въ правовой регламентаціи. Весьма возможно, что придется допустить частную конкуренцію въ производствѣ права. Въ данномъ случаѣ можно сослаться на переходъ въ область частной и общественной дѣятельности многихъ функцій управленія, которыя въ XVIII вѣкѣ и въ первой половинѣ XIX вѣка находились всецѣло и безраздѣльно въ рукахъ государства. Возможность водворенія «научнаго права будущаго» требуетъ,

однако, одной весьма существенной оговорки. Въ высшей степени цѣнной стороной монополіи государственнаго законодательства является то, что послѣднее устраняетъ частный и общественный произволъ и водворяетъ начало законности. Возможныя въ наукѣ права разногласія могутъ открыть доступъ произволу, особенно если субъективизмъ научныхъ мнѣній окажется не только непроизвольнымъ явленіемъ, но и умышленнымъ прикрытіемъ эгоистическихъ выгодъ и посторонникъ праву соображеній. Поэтому возрожденіе «научнаго права» окажется возможнымъ только въ тѣхъ странахъ, гдѣ прочно установилось начало законности, гдѣ чувство права съ присущимъ ему стремленіемъ къ объективной оцѣнкѣ отношеній вошло въ плоть и въ кровь населенія подобно категорическому императиву Канта.

Что касается различаемыхъ Штернбергомъ трехъ ступеней въ развитіи права, — обычнаго права, закона, научнаго права, — и уподобленія ихъ тремъ стадіямъ въ развитіи всякаго производства, — навыку, ремеслу и наукѣ, — то противъ этого положенія необходимо возражать. Эволюціонная схема Штернберга должна быть отвергнута, такъ какъ она рушится отъ одного лишь указанія на тотъ общеизвѣстный фактъ, что научное право уже въ прошломъ было однимъ изъ видовъ положительнаго права.

Дѣятельность государственной власти проявляется въ дѣятельности ея органовъ. Поэтому недостаточно сказать, что законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственной властью; необходимо еще указать, какіе органы государственной власти занимаются установленіемъ юридическихъ нормъ. Оказывается, что различные органы государственной власти исполняютъ эту функцію. Такъ какъ органы государственной власти организованы на іерархическомъ началѣ, то возникаетъ вопросъ о различной степени обязательности устанавливаемыхъ ими юридическихъ нормъ въ зависимости отъ различной степени власти, которою обладаютъ расположенные іерархически органы. Устанавливаемыя государственною властью юридическія нормы съ высшей степенью обязательности опредѣляютъ наиболѣе важныя и существенныя отношенія общественной жизни. Въ видахъ обезпеченія обдуманности при ихъ установленіи и наибольшаго соотвѣтствія ихъ содержанія потребностямъ общества слагается особый сложный порядокъ ихъ изданія. Мы видимъ такимъ образомъ, что ученіе о государственномъ законѣ требуетъ обстоятельнаго изложенія по цѣлому ряду связанныхъ съ нимъ спеціальныхъ вопросовъ. Ученіе это можетъ быть усвоено основательно только послѣ предварительнаго усвоенія ученія о государственной власти, ея функціяхъ и ея органахъ. Поэтому мы относимъ спеціальное ученіе о государственномъ законѣ къ XIII-ой главѣ, посвященной праву въ системѣ государственной организаціи.

II. Въ качествѣ второго источника права мы указали установленіе коллективнаго, или массоваго авторитета. Этому источнику соотвѣтствуетъ обычное право, какъ особый видъ положительнаго права.

Установленіе единоличнаго авторитета проявляется въ выраженномъ словами велѣніи, исходящемъ отъ имени соотвѣтственнаго авторитетнаго лица и обращенномъ къ тѣмъ, кто подчиненъ этому авторитету. Установленіе коллективнаго авторитета проявляется въ однообразномъ массовомъ поведеніи опредѣленной группы общежитія какъ въ прошломъ, такъ и въ

настоящемъ; это однообразное массовое поведеніе и является для индивида нормативнымъ фактомъ, превращающимъ соотвѣтственный образъ дѣйствій въ обязательную норму права. Слѣдуетъ замѣтить, что такимъ значеніемъ обладаетъ не всякое однообразное массовое поведеніе, а только такое поведеніе, которое сопровождается сознаніемъ его общественной необходимости (opinio necessitatis). Разнаго рода личныя привычки, равно общественновредныя дѣйствія, какъ бы они ни были распространены въ извѣстной общественной средѣ, не порождаютъ однако обычнаго права, такъ какъ они не сопровождаются сознаніемъ ихъ общественной необходимости. Поэтому мы можемъ сказать, что нормативнымъ фактомъ для обычнаго права является однообразное массовое поведеніе, сопровождаемое сознаніемъ его общественной необходимости. Положительная обязательность нормы обычнаго права выражается слѣдующимъ образомъ: я обязанъ поступить такъ, потому что такъ поступали предки, и такъ поступаютъ теперь всѣ (или просто: потому что такъ поступаютъ всѣ) и считали и считаютъ (или же просто — считаютъ) такое поведеніе необходимымъ для совмѣстной жизни въ обществѣ.

Исторія свидѣтельствуетъ, что обычное право является древнѣйшимъ и первоначальнымъ видомъ положительнаго права. Казалось бы поэтому, что ученіе объ обычномъ правѣ должно было бы быть разработано въ наукѣ раньше, чѣмъ о всѣхъ другихъ видахъ положительнаго права. На самомъ дѣлѣ однако это было не такъ. Научное правовѣдѣніе европейской культуры ведетъ свое происхожденіе отъ римской юриспруденціи. Послѣдняя стала ставить такіе теоретическіе вопросы, какъ вопросъ объ источникахъ права, въ ту эпоху, когда положительное римское право устанавливалось почти исключительно авторитетомъ государственной власти и ученыхъ юристовъ. Ученые юристы посвящали себя исключительно догматической разработкѣ права, были совершенно чужды духа историческаго изслѣдованія, и потому, вполнѣ понятно, не только придавали обычному праву второстепенное значеніе, но и объясняли его по аналогіи съ законами. Эта римская традиція держалась въ наукѣ весьма долго, и только новый духъ изслѣдованія, внесенный исторической школой юристовъ въ началѣ XIX в., поставилъ ученіе объ обычномъ правѣ на самостоятельную почву.

Дѣйствіе обычнаго права объяснялось въ римской юриспруденціи по аналогіи съ законами. Согласно римскимъ республиканскимъ порядкамъ, а затѣмъ римской республиканской идеѣ, сохранившей значеніе теоретическаго конструктивнаго принципа и въ періодъ имперіи, основой обязательности закона признавали выразившееся въ голосованіи соглашеніе народа. По аналогіи и въ основу обычнаго права полагали то же соглашеніе народа, только выразившееся безъ голосованія, молчаливо (tacitus consensus, tacita conventio)[1]. Это римское ученіе воспроизводилось въ западноевропейской

[1] Julian in l. 32 D. de leg. (1, 3): Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, qua sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — Hermogenian, in l. 35 D. eod.: Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos

юриспруденціи вплоть до XVI вѣка включительно безъ какихъ бы то ни было существенныхъ измѣненій, почти буквально[1]. Появившаяся въ XVII вѣкѣ школа естественнаго права дала новую по существу постановку цѣлому ряду вопросовъ теоріи права, но въ ученіе объ обычномъ правѣ она не внесла ничего новаго, такъ какъ могла охотно примкнуть къ старой римской традиціи. Ученіе о молчаливомъ соглашеніи народа, какъ источникѣ обычнаго права, какъ нельзя болѣе соотвѣтствовало воззрѣніямъ школы естественнаго права, которая вообще признавала договоръ источникомъ всякаго положительнаго права. Представители догматическаго правовѣдѣнія XVII—XVIII вѣковъ сумѣли приспособить ученіе римскихъ юристовъ объ обычномъ правѣ къ государственноправовымъ порядкамъ своего времени. Къ послѣднимъ нельзя было прямо примѣнить теорію молчаливаго соглашенія народа, потому что въ абсолютныхъ монархіяхъ XVII—XVIII вѣковъ народъ не былъ явнымъ законодателемъ, и, слѣдовательно, не было данныхъ для построенія по аналогіи созиданія имъ обычнаго права путемъ молчаливаго соглашенія. Изъ затрудненія нашли, однако, выходъ. Законодательствовавшій народъ являлся носителемъ государственной власти, и соглашеніе народа было ничѣмъ инымъ, какъ изъявленіемъ воли государственной власти. Частное опредѣленіе, данное римскими юристами примѣнительно къ республиканской идеѣ власти, можно было обобщить и формулировать слѣдующимъ образомъ: явно выраженное волеизъявленіе государственной власти сообщаетъ обязательную силу закону, а молчаливое ея волеизъявленіе сообщаетъ обязательную силу обычному праву. Такъ какъ содержаніе обычнаго права дается непосредственнымъ соблюденіемъ его народомъ, то молчаливое волеизъявленіе государственной власти примѣнительно къ обычному праву можетъ заключаться лишь въ признаніи существующаго обычнаго права, т. е. въ надѣленіи какъ бы фактическихъ бытовыхъ отношеній юридическою силою обязательности. Когда былъ выдвинутъ моментъ признанія государственною властью, то это признаніе стали противопоставлять не явному волеизъявленію, а прямому установленію со стороны государственной власти. Послѣдняя сообщаетъ обязательную силу всякому праву: закону путемъ непосредственнаго установленія, обычному праву путемъ признанія. Это признаніе могло предоставляться общимъ образомъ или спеціально для отдѣльныхъ обычаевъ, могло быть также выражено явно или дано молчаливо. Все это ученіе догматиковъ XVII—XVIII ст. не лишено было значенія и имѣло смыслъ съ догматической точки зрѣнія, такъ какъ оно формулировало отношеніе къ обычному праву со стороны государственной власти того времени. Но авторы этого ученія шли дальше и выдавали его за теоретическое объясненіе дѣйствія обычнаго права вообще. Съ такой общей точки зрѣнія оно несомнѣнно было несо-

---

plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam scripta sunt jura, servantur.

[1] См., напр., Conradus Lagus, Juris utriusque traditio methodica, Basilea, 1553, p. 18—19: Gignit et publica consuetudo ius, quod moribus utentium approbatur, ac deficiente lege pro lege suscipitur. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod populi iudicio receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt. Sicut igitur lex manifesto, ita consuetudo tacito consensu populi existit.

стоятельнымъ, такъ какъ не объясняло явленій жизни тѣхъ историческихъ эпохъ, когда исключительно господствовало обычное право, не подвергаясь регламентаціи со стороны государственной власти.

Объясненіе самостоятельнаго дѣйствія обычнаго права дано было впервые только исторической школой юристовъ. Непосредственный сподвижникъ основателя школы Савиньи, — Пухта посвятилъ обычному праву спеціальную монографію. Опираясь на историческіе факты образованія и дѣйствія обычнаго права, помимо признанія со стороны государственной власти, Пухта указалъ, что источникъ обычнаго права — въ народномъ правосознаніи. Правосознаніе Пухта считалъ проявленіемъ народнаго духа, въ которомъ мистически заложена идея права. Наличность опредѣленнаго конкретнаго правосознанія представлялась Пухтѣ вполнѣ достаточной для признанія объективнаго существованія той или другой нормы обычнаго права. Однообразное поведеніе, въ которомъ эта норма проявляется, не составляетъ, по мнѣнію Пухты, источника обычнаго права; оно является лишь слѣдствіемъ существованія нормы въ сознаніи народа, а также средствомъ познанія ея существованія. Единство народнаго духа приводило къ единству правосознанія и къ теоретическому предположенію единаго для цѣлаго народа обычнаго права. Такое предположеніе несомнѣнно противорѣчило фактамъ исторіи, свидѣтельствующей, что обычное право возникаетъ не въ цѣломъ народѣ, какъ нѣчто единое, а слагается въ болѣе мелкихъ общественныхъ союзахъ и группахъ одного и того же народа. Теорія Пухты давала легко обнаруживаемую брешь, съ которой и начался критическій ея пересмотръ. Мы не станемъ слѣдить за всѣми перипетіями этого пересмотра, укажемъ лишь его окончательные выводы.

Представленіе о народномъ духѣ, какъ о мистическомъ носителѣ идеи права, какъ совершенно апріорное, было оставлено. Путемъ эмпирическаго наблюденія пришли къ убѣжденію, что матеріальнымъ источникомъ права являются внѣшнія условія соціальной среды и реакція на нихъ со стороны общественнаго сознанія. Сообразно этому, формальнымъ источникомъ обычнаго права нельзя было признавать одну лишь наличность извѣстныхъ правовыхъ убѣжденій, но неизбѣжно приходилось считать такимъ источникомъ и самыя дѣйствія, т. е. опредѣленное однообразное поведеніе массы. Такимъ образомъ отъ ученія Пухты осталось основное его положеніе, что источникъ обычнаго права не въ признаніи со стороны государственной власти, а въ общественномъ правосознаніи; но пришлось добавить, что послѣднее создаетъ нормы обычнаго права лишь постольку, поскольку переходитъ въ дѣйствіе и проявляется въ однообразномъ массовомъ поведеніи людей.

Признаніе нормативнымъ фактомъ обычнаго права однообразнаго массоваго поведенія, сопровождаемаго сознаніемъ его общественной необходимости, выдвинуло дальнѣйшій вопросъ о томъ, какъ образуется это однообразное массовое поведеніе и сопровождающее его сознаніе необходимости, иначе говоря, поставленъ былъ вопросъ о происхожденіи юридическаго обычая.

По этому вопросу имѣются въ наукѣ двѣ теоріи, одну изъ которыхъ можно назвать теоріей стихійнаго образованія обычая, другую — теоріей первоначальнаго индивидуальнаго творчества.

Согласно первой теоріи, ведущей свое начало отъ Пухты съ его ученіемъ о народномъ правосознаніи, лежащее въ основѣ обычнаго права однообразное массовое поведеніе людей слагается стихійно и инстинктивно, такъ что отдѣльный индивидъ не выступаетъ въ этомъ процессѣ въ качествѣ самостоятельнаго творца.

Вторая теорія сложилась подъ вліяніемъ соціологическаго ученія Тарда, согласно которому общественная жизнь является результатомъ творческой дѣятельности болѣе сильныхъ индивидовъ и подражанія имъ остальной массы. Однообразное массовое поведеніе людей, являющееся источникомъ обычнаго права, слагается, согласно этой теоріи, не стихійно, но путемъ первоначальной творческой дѣятельности отдѣльныхъ болѣе сильныхъ индивидовъ, за которыми слѣдовала затѣмъ уже масса въ силу свойственнаго ей стихійнаго стремленія къ подражанію. Такъ объяснялъ происхожденіе юридическихъ обычаевъ извѣстный историкъ русскаго права В. И. Сергѣевичъ.

Намъ думается, что между двумя приведенными теоріями нѣтъ непримиримаго противорѣчія, и что ихъ можно сочетать. Вполнѣ допустимо, что въ однихъ случаяхъ однообразное массовое поведеніе слагалось стихійно, въ другихъ піонерами выступали отдѣльные индивиды, за которыми слѣдовала масса въ силу стихійнаго инстинкта подражанія. Первый путь образованія могъ имѣть мѣсто въ болѣе простыхъ и элементарныхъ случаяхъ, второй въ болѣе сложныхъ и затруднительныхъ.

Однообразное массовое поведеніе слагается путемъ накопленія большого числа единичныхъ случаевъ извѣстнаго поведенія. Если поэтому мы начнемъ восходить къ первоначальному образованію юридическаго обычая, то найдемъ въ началѣ единичный случай поведенія, который не опирается ни на какую юридическую норму, но самъ служитъ основаніемъ для образованія обычно-правовой нормы. Такой первый случай опредѣленнаго поведенія, который затѣмъ превращается въ норму, называется въ наукѣ прецедентомъ и спеціально изучается въ ученіи о судебной практикѣ. Несомнѣнно однако, что прецедентъ кладетъ начало и юридическому обычаю. Правъ поэтому кн. Е. Н. Трубецкой, когда говоритъ, что обычай есть не что иное, какъ множественный прецедентъ.

Тотъ фактъ, что юридическій обычай слагается изъ множества единичныхъ случаевъ, нашелъ себѣ отраженіе въ ученіи юристовъ о длительности и непрерывности соблюденія (longaeva, inveterata consuetudo, consuetudo tenaciter servata), какъ условіяхъ образованія обычнаго права.

Нормы обычнаго права хранятся непосредственно въ народной памяти и на первоначальныхъ стадіяхъ развитія получаютъ внѣшнее выраженіе исключительно въ тѣхъ самыхъ дѣйствіяхъ, въ которыхъ онѣ осуществляются. Дѣйствія, совершаемыя во исполненіе нормы обычнаго права, сопровождаются особыми обрядами, цѣль которыхъ подчеркнуть ихъ правомѣрность, и становятся такимъ образомъ ю р и д и ч е с к и м и с и м в о л а м и. Таковы, нпр., рукобитье при заключеніи договора, передача дерна при продажѣ земли, посаженіе на столъ при врученіи княжеской власти и т. п. Всѣ эти обрядовыя дѣйствія являются не только формою совершенія юридическихъ сдѣлокъ, но и символическимъ выраженіемъ нормы обычнаго права, регулирующей соотвѣтственныя юридическія отношенія. По мѣрѣ развитія способности отвлеченнаго мышленія обычноправовая норма отдѣляется отъ

юридическаго дѣйствія и выражается въ видѣ сужденія, облекаемаго въ удобную для памяти форму юридическихъ пословицъ и поговорокъ, напр., «не роженъ — не сынъ, не купленъ — не холопъ», «молодой на битву — а старый на думу», «како ся рядилъ — на томъ и стоитъ» и т. п. Наконецъ, съ установленіемъ письменности, нормы обычнаго права записываются, и составляются особые сборники ихъ. Такой характеръ записи обычнаго права имѣютъ всѣ почти древніе юридическіе памятники, какъ, напр., Русская Правда, т. н. варварскіе законы, Саксонское и Швабское Зерцала и др. т. п.

Характерными свойствами обычнаго права, вытекающими изъ условій его образованія, слѣдуетъ признать: дробность, или партикуляризмъ, и консерватизмъ. Однообразное массовое поведеніе, сопровождаемое сознаніемъ его необходимости, можетъ слагаться, помимо внѣшней регламентаціи, только въ небольшихъ и сплоченныхъ общественныхъ группахъ, вслѣдствіе чего обычное право не охватываетъ большой территоріи и разнится по мѣстамъ, — «что городъ, то норовъ; что деревня, то обычай». Однообразіе массоваго поведенія устанавливается медленно и потому трудно поддается измѣненію. Нормы обычнаго права обнаруживаютъ устойчивость и упорство въ ихъ сохраненіи. Юридическіе обычаи держатся столь упорно, что сохраняются и повторяются долгое время послѣ того, какъ утрачивается ихъ юридическій характеръ, и живутъ въ обществѣ, особенно въ отсталыхъ его слояхъ, въ качествѣ обрядовъ жизненнаго обихода. Они представляютъ собою въ такомъ случаѣ переживанія въ правѣ, по которымъ можно возстановить нѣкогда дѣйствовавшія нормы обычнаго права. Такое значеніе имѣютъ, напр., въ настоящее время многіе свадебные обряды, символизирующіе древнее похищеніе невѣстъ, ихъ покупку и т. д.

Какъ видно изъ всего сказаннаго, существеннымъ для характеристики обычнаго права является образованіе его помимо установленія государственною властью. Таковъ именно характеръ первоначальнаго образованія обычнаго права. Съ ростомъ государственной власти и водвореніемъ монополіи ея законодательства измѣняется и положеніе обычнаго права. Государственная власть начинаетъ вліять на его развитіе и опредѣлять тѣ предѣлы, въ которыхъ она допускаетъ дѣйствіе нормъ обычнаго права. Это воздѣйствіе государственной власти на обычное право можетъ быть надлежаще понято только послѣ предварительнаго ознакомленія съ общимъ ученіемъ о государствѣ. Поэтому мы относимъ разсмотрѣніе входящихъ сюда вопросовъ къ XIII-ой главѣ, посвященной изученію права въ системѣ государственной организаціи.

III. На третьемъ мѣстѣ среди источниковъ права мы поставили договоръ. О немъ послѣднее время иногда забываютъ и не помѣщаютъ его въ числу источниковъ права. Нѣкогда, напротивъ того, приписывали договору всеобъемлющее правообразующее дѣйствіе. Римскіе юристы сводили къ соглашенію, т. е. къ договору, и законы, и обычное право. Школа естественнаго права считала договоръ единственнымъ источникомъ всякаго положительнаго права. Обѣ крайности, — и игнорированіе договора, и исключительное его признаніе, — именно какъ крайности, ошибочны. Прежде чѣмъ указать, въ чемъ заключаются ихъ ошибки и чѣмъ онѣ вызывались,

мы установимъ сначала дѣйствительное значеніе договора въ процессѣ образованія положительнаго права.

Въ наукѣ международнаго права признается несомнѣннымъ, что договоръ является однимъ изъ важнѣйшихъ источниковъ изучаемой ею области права. Такое положеніе доказывается ссылкой на многочисленные и безспорные факты нормативнаго дѣйствія международныхъ договоровъ. Необходимость договора, въ качествѣ источника международнаго права, выводится изъ особаго характера международнаго права. Право это регулируетъ отношенія между государствами; государства не признаютъ надъ собою никакой внѣшней власти, которая могла бы устанавливать обязательныя для нихъ законодательныя нормы; слѣдовательно, поскольку отношенія между государствами не опредѣляются обычнымъ правомъ, они могутъ регулироваться только взаимнымъ соглашеніемъ государствъ, или ихъ договоромъ.

Областью международнаго права нормативная функція договоровъ не исчерпывается. Договору принадлежало весьма важное правообразующее значеніе въ ту эпоху развитія права, когда еще не сложились государства съ единою централизованною властью. Въ тѣ времена дѣйствовали замкнутыя системы права въ предѣлахъ болѣе мелкихъ общественныхъ союзовъ, родовыхъ и общинныхъ. Для отношеній междуродовыхъ и междуобщинныхъ право устанавливалось путемъ договора. Нерѣдко эти договоры были направлены на распространеніе дѣйствія обычнаго права рода или общины за ихъ тѣсные предѣлы, — на отношенія между членами различныхъ родовыхъ и общинныхъ группъ. Точно также, въ періодъ политической самостоятельности сословій, источникомъ многихъ постановленій государственнаго права были договоры между отдѣльными сословіями, а также договоры между сословіями («чинами») и королемъ.

Наконецъ, и при сильно развитой государственной власти и упрочившейся монополіи государственнаго законодательства договоры могутъ быть источникомъ конкретныхъ нормъ права. Сюда относятся случаи, предусматриваемые диспозитивными нормами (см. о нихъ стрн. 116). Послѣднія предоставляютъ сторонамъ опредѣлить ихъ права и обязанности по отношенію другъ къ другу взаимнымъ соглашеніемъ. Если стороны пользуются этой предоставленной имъ возможностью, источникомъ конкретной юридической нормы, регулирующей отношенія между ними, является ихъ договоръ.

Таковы случаи дѣйствія договора, какъ источника права. Подведеніе римскими юристами подъ договоръ и закона, и юридическаго обычая не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ опредѣленіе закона, какъ договора, основывается на смѣшеніи голосованія, какъ способа выраженія коллективной, но единой воли, съ договоромъ, какъ соглашеніемъ двухъ или нѣсколькихъ субъектовъ права. Что же касается римскаго опредѣленія обычая, какъ молчаливаго соглашенія, то оно, какъ мы знаемъ, строилось по аналогіи съ опредѣленіемъ закона и потому отпадаетъ вмѣстѣ со своимъ прототипомъ. Тѣ же аргументы дѣйствительны и противъ школы естественнаго права, поскольку послѣдняя воспроизводила традиціонное римское ученіе. Но кромѣ этого въ школѣ естественнаго права

имѣлось еще особое воззрѣніе на договоръ, какъ на источникъ права, на чемъ намъ слѣдуетъ спеціально остановиться.

Школа естественнаго права отправлялась отъ понятія индивида и его свободы и стремилась вывести изъ него путемъ дедуктивнаго умозаключенія необходимость права, стоящаго надъ индивидомъ и неизбѣжно ограничивающаго его свободу. Для рѣшенія этой проблемы не было иного пути, кромѣ признанія, что индивиды сами себя ограничиваютъ помощью договора, по которому каждый изъ индивидовъ отрекается отъ части своей свободы и за это пріобрѣтаетъ обезпеченіе опредѣленной доли свободы, совмѣстимой со свободою всѣхъ остальныхъ индивидовъ. Въ такомъ пониманіи договоръ выступалъ не въ качествѣ нормативнаго факта, а въ качествѣ логическаго, такъ сказать, источника права. При этомъ рѣчь шла не объ источникахъ позитивиціи, а о раціональномъ оправданіи права съ точки зрѣнія индивидуальной свободы. Договоръ выставлялся не какъ фактъ, когда либо бывшій или вообще бывающій, а какъ раціональная формула совмѣщенія начала индивидуальной свободы и начала общественнаго порядка, устанавливаемаго правомъ. Такое пониманіе договора, какъ раціональной основы права, имѣетъ вполнѣ самостоятельное философское значеніе и не должно быть смѣшиваемо съ понятіемъ нормативныхъ фактовъ, или формальныхъ источниковъ положительнаго права.

Выяснивъ значеніе договора, какъ нормативнаго факта, или источника права, намъ необходимо вспомнить, что въ ученіи о правѣ въ субъективномъ смыслѣ мы уже говорили о договорѣ, какъ особомъ видѣ юридической сдѣлки, и смотрѣли тамъ на договоръ какъ на юридическій фактъ, порождающій юридическое отношеніе. Такъ какъ мы выше указывали, что надлежитъ отличать нормативные факты отъ юридическихъ и отнюдь нельзя ихъ смѣшивать (см. стр. 138—139), то естественно поставить вопросъ, не впадаемъ ли мы сами въ ошибку подобнаго смѣшенія, упоминая договоръ и среди юридическихъ, и среди нормативныхъ фактовъ. На самомъ дѣлѣ никакого смѣшенія понятій тутъ нѣтъ, потому что въ обоихъ случаяхъ договоръ понимается нами различно, и такое различное пониманіе не произвольно, но строго соотвѣтствуетъ двойственной природѣ договора.

Въ правовомъ оборотѣ встрѣчаются два типа договоровъ: договоры-сдѣлки и договоры нормативные. Договоръ сдѣлочнаго типа характеризуется слѣдующими чертами: 1) въ немъ каждая изъ договаривающихся сторонъ желаетъ своего, особеннаго, напр., покупатель и продавецъ; 2) мотивы каждой изъ договаривающихся сторонъ также различны; 3) договоръ сдѣлочнаго типа создаетъ только юридическое отношеніе. Договоръ нормативнаго типа существенно отличенъ по всѣмъ тремъ приведеннымъ пунктамъ: 1) договаривающіяся стороны стремятся къ одному и тому же, — къ установленію общей нормы; 2) мотивъ у нихъ одинъ и тотъ же, — сознаніе потребности такой нормы; 3) договоръ нормативнаго типа создаетъ объективную юридическую норму. Въ нѣмецкой наукѣ принято называть два указанныхъ типа договоровъ различными терминами: договоръ сдѣлочнаго типа — договоромъ (Vertrag), договоръ нормативнаго типа — соглашеніемъ (Vereinbarung). Французскіе ученые предлагаютъ термины: contrât (договоръ, Vertrag) и вмѣсто соглашенія — сотрудничество (collaboration). Въ русской наукѣ указанное различіе про-

водятъ международники (В. Э. Грабарь) и говорятъ о договорахъ и соглашеніяхъ.

IV. Въ качествѣ четвертаго и послѣдняго источника права нами была указана практика государственныхъ учрежденій, и въ особенности судебная практика. Особенно подчеркнута нами судебная практика, такъ какъ на нее обращено было преимущественное, можно даже сказать, исключительное вниманіе общей теоріи права. Съ судебной практики мы и начнемъ ближайшее ознакомленіе съ послѣднимъ изъ указанныхъ нами источниковъ права.

Предметомъ судебнаго разбирательства являются споры между сторонами относительно правъ и обязанностей, вытекающіе изъ различнаго пониманія юридическихъ нормъ или же изъ ихъ нарушенія. Не только рѣшеніе, но, казалось бы, и самое возникновеніе споровъ относительно права (quid iuris? что постановляетъ право примѣнительно къ данному конкретному случаю?) предполагаетъ предварительное существованіе юридическихъ нормъ. Задача суда заключается, казалось бы, только въ примѣненіи, или истолкованіи существующей нормы права, — юридическаго обычая или закона. Слѣдовательно, долженъ былъ бы ставиться относительно судебной практики только одинъ вопросъ о томъ, насколько совершаемый ею процессъ примѣненія обычноправовыхъ и законодательныхъ нормъ можетъ почитаться новымъ и самостоятельнымъ источникомъ права. Такая постановка вопроса была бы однако на самомъ дѣлѣ черезчуръ узкой.

Конкретныя юридическія отношенія столь многообразны и столь сложны, что различныя ихъ сочетанія и подробности въ дѣйствительности не могутъ быть предусмотрѣны обычнымъ правомъ и закономъ. Возникаютъ поэтому юридическія столкновенія и споры, для разрѣшенія которыхъ нѣтъ соотвѣтственныхъ обычноправовыхъ и законодательныхъ нормъ. Такіе случаи имѣютъ мѣсто не только на раннихъ ступеняхъ развитія, когда система положительнаго права вообще еще не выработана достаточно полно, но и въ той стадіи, когда законодательная регламентація стремится охватить всѣ стороны общественной жизни. Во всѣхъ такихъ случаяхъ судамъ приходится не примѣнять наличныя нормы права, но создавать эти нормы по поводу даннаго конкретнаго случая.

Въ виду такого положенія дѣла необходимо различать двоякое дѣйствіе судебной практики: 1) при наличности обычноправовыхъ или законодательныхъ нормъ, и 2) при ихъ отсутствіи. Въ первомъ случаѣ дѣятельность суда сводится къ толкованію наличной юридической нормы. Хотя толкованіе и содержитъ въ себѣ элементы самостоятельности и творчества, какъ и всякій логическій процессъ (см. ниже § 25), тѣмъ не менѣе оно все же имѣетъ служебное значеніе по отношенію къ той нормѣ, которой посвящено. Оно только помогаетъ юридической нормѣ войти въ жизнь, но не создаетъ самой нормы. Поэтому по отношенію къ наличнымъ обычноправовымъ и законодательнымъ нормамъ судебная практика имѣетъ значеніе вспомогательнаго, или субсидіарнаго источника права. При отсутствіи же обычноправовой и законодательной нормы дѣйствіе суда носитъ вполнѣ творческій характеръ, и судебная практика получаетъ значеніе самостоятельнаго источника права, равносильнаго обычаю и закону.

Первое рѣшеніе суда по вопросу, не предусмотрѣнному ни юридическимъ обычаемъ, ни закономъ, получаетъ значеніе судебнаго прецедента, т. е. такого предшествующаго случая, который имѣетъ значеніе нормативнаго факта при послѣдующихъ судебныхъ рѣшеніяхъ. Право судебной практики и есть прецедентное право. Прецедентъ дѣйствуетъ и при толкованіи обычноправовыхъ и законодательныхъ нормъ, такъ что о немъ можно говорить и какъ о самостоятельномъ, и какъ о субсидіарномъ источникѣ права.

На судебной практикѣ такъ же, какъ и на юридическомъ обычаѣ, отражается господство закона въ той стадіи историческаго развитія, когда водворяется монополія государственнаго законодательства. Законъ опредѣляетъ тогда предѣлы и размѣръ нормативнаго дѣйствія судебной практики, а также устанавливаетъ въ этомъ направленіи іерархическое взаимоотношеніе между различными судебными инстанціями. Эта регламентація судебной практики закономъ можетъ быть надлежащимъ образомъ понята только послѣ предварительнаго ознакомленія съ общимъ ученіемъ о государствѣ, вслѣдствіе чего мы отлагаемъ всѣ относящіеся сюда вопросы до XIII-ой главы, посвященной праву въ системѣ государственной организаціи.

Все сказанное относительно судебной практики должно быть распространено на практику всѣхъ остальныхъ государственныхъ учрежденій, какъ административныхъ, такъ и законодательныхъ. Всѣ эти учрежденія создаютъ прецеденты, имѣющіе значеніе то субсидіарнаго, то самостоятельнаго источника права. Объ этомъ обыкновенно забываютъ, потому что вопросы теоріи права разрабатываются преимущественно по даннымъ гражданскаго и уголовнаго права, примѣненіемъ которыхъ занимаются суды. Несомнѣнно однако, что для административнаго и государственнаго права имѣетъ значеніе практика другихъ, кромѣ суда, государственныхъ учрежденій. Изъ области этой обычно игнорируемой практики все же обращаютъ вниманіе на практику законодательныхъ учрежденій, или т. н. парламентскую практику. Послѣдней принадлежитъ существенное значеніе въ дѣлѣ установленія юридическихъ нормъ, регулирующихъ, напр., взаимныя отношенія между народнымъ представительствомъ и правительствомъ, а также разныя стороны законодательной работы.

V. Разсмотрѣвъ всѣ четыре категоріи источниковъ права, остановимся въ заключеніе на вопросѣ о взаимоотношеніи между ними. При разсмотрѣніи этого вопроса обращаютъ вниманіе преимущественно на юридическій обычай и законъ и только лишь отчасти на судебную практику. Въ этихъ предѣлахъ и мы остановимся на данномъ вопросѣ. Въ видахъ большей систематичности разсмотримъ взаимоотношеніе между различными источниками права со слѣдующихъ точекъ зрѣнія: 1) со стороны исторической послѣдовательности ихъ развитія, 2) со стороны ихъ сосуществованія, 3) со стороны относительной силы ихъ дѣйствія и 4) со стороны сравнительной цѣнности ихъ для культурнаго развитія.

Правильное представленіе о послѣдовательномъ развитіи различныхъ источниковъ права выработалось лишь со времени исторической школы, поставившей на надлежащій путь историческое изученіе права. Древнѣйшими источниками права являются юридическій обычай и судебная практика.

Законъ выступаетъ позднѣе и постепенно пріобрѣтаетъ все большее и большее значеніе, доходя до исключительнаго преобладанія, какъ это мы замѣчаемъ въ настоящее время.

Въ порядкѣ сосуществованія законъ, юридическій обычай и судебная практика воздѣйствуютъ другъ на друга и оказываютъ другъ другу взаимную поддержку. Всякое дѣйствіе закона обусловливается, по справедливому замѣчанію одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей (Игн. Корнфельда), предварительнымъ дѣйствіемъ обычноправовой нормы, требующей подчиненія государственной власти со стороны всѣхъ членовъ общежитія. Далѣе, дѣйствіе закона обусловливается тѣмъ толкованіемъ, которое онъ получаетъ отъ обычнаго его примѣненія въ массовомъ поведеніи (т. н. узуальная интерпретація, на которую обратилъ вниманіе Бирлингъ) и въ судебной практикѣ. Юридическій обычай, правда, ограничивается въ своемъ дѣйствіи закономъ, но зато въ предѣлахъ признанія закономъ получаетъ отъ послѣдняго подкрѣпленіе силы своего дѣйствія. Примѣненіе нормъ обычнаго права судами является наиболѣе надежнымъ средствомъ ихъ позитивації. Съ другой стороны, нормы, установленныя судебной практикой, нерѣдко настолько усваиваются массовымъ поведеніемъ и общественнымъ сознаніемъ, что судебное ихъ происхожденіе съ теченіемъ времени забывается, и онѣ продолжаютъ дѣйствовать какъ нормы обычнаго права.

Относительно сравнительной силы дѣйствія сопоставляютъ юридическій обычай и законъ. Дѣйствіе закона характеризуется бо́льшимъ однообразіемъ и опредѣленностью, дѣйствіе обычая — дробностью (партикуляризмомъ) и нѣкоторой расплывчатостью. Но соотношеніе силы дѣйствія юридическаго обычая и закона представляется еще и въ другомъ видѣ. Юридическій обычай основывается на самомъ фактѣ однообразнаго массоваго поведенія, сопровождаемаго сознаніемъ его необходимости, и потому мотиваціонное дѣйствіе его непосредственнѣе и, слѣдовательно, сильнѣе, чѣмъ дѣйствіе закона, которое основывается на велѣніи государственной власти, расчитанномъ на подчиненіе ея авторитету. Разъ законъ проникъ въ жизнь общества, соблюденіе его становится такимъ же фактомъ массоваго поведенія и соотвѣтственнаго массоваго сознанія, какъ и соблюденіе юридическаго обычая. Въ этомъ именно смыслѣ Анри Роленъ (Henri Rolin) заявляетъ, что въ конечномъ итогѣ всякое право есть право обычное. На этомъ же основаніи І. В. Михайловскому представляется идеальнымъ такой порядокъ, при которомъ удачно формулированный законъ превращается въ норму обычнаго права. Въ связи съ этимъ ставится вопросъ о томъ, можетъ ли юридическій обычай отмѣнить законъ. Дѣло въ данномъ случаѣ идетъ объ отмѣнѣ закона въ силу обычнаго его непримѣненія (desuetudine). При рѣшеніи этого вопроса необходимо различать двѣ точки зрѣнія: догматическую и соціологическую. Такъ какъ ни одно положительное законодательство не признаетъ отмѣны закона юридическимъ обычаемъ, то съ точки зрѣнія догматической данный вопросъ разрѣшается отрицательно. Однако и въ прошломъ, и въ настоящемъ замѣчаются случаи, когда тѣ или другіе законы въ силу несоотвѣтствія требованіямъ жизни упорно не примѣнялись и такимъ образомъ теряли силу. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія соціологической можно говорить объ отмѣнѣ закона юридическимъ обычаемъ.

Вопросъ о сравнительной цѣнности юридическаго обычая и закона для культурнаго развитія общества рѣшался до исторической школы, т. е. въ эпоху непониманія природы обычнаго права, въ смыслѣ полнаго обезцѣненія юридическаго обычая и возвеличенія закона. Историческая школа, впервые выдвинувшая самостоятельное значеніе юридическаго обычая, стала проповѣдывать его чрезвычайную культурную цѣнность и преимущество предъ закономъ. Обычное право, согласно ученію исторической школы, представляетъ собою непосредственное проявленіе народнаго правосознанія и потому въ дѣлѣ удовлетворенія потребностей жизни оказывается болѣе совершеннымъ, чѣмъ законъ: оно всегда находится на уровнѣ вѣчно движущейся жизни, приноравливается къ ней, охватываетъ всѣ ея стороны и потому исправляетъ отстающій отъ жизни законъ и восполняетъ его неизбѣжные пробѣлы. Въ исключительномъ возвеличеніи юридическаго обычая и полномъ обезцѣненія закона сказалось романтическое преклоненіе исторической школы предъ стихійными силами народнаго духа и романтическое же отвращеніе къ сознательному личному творчеству. Факты противорѣчили доктринѣ, свидѣтельствуя, что цѣлый рядъ культурныхъ преобразованій былъ совершенъ путемъ законодательнаго воздѣйствія, причемъ закону приходилось нерѣдко бороться съ отсталыми и косными обычаями.

Противъ ученія исторической школы о культурномъ превосходствѣ обычнаго права выступилъ Іерингъ. Подмѣтивъ въ развитіи права принципъ цѣлесообразнаго приспособленія къ условіямъ общественной среды, Іерингъ призналъ законъ, какъ продуктъ сознательнаго творчества, болѣе совершеннымъ средствомъ такого приспособленія. Въ противоположность закону юридическій обычай представлялся Іерингу чѣмъ то элементарнымъ, не выдѣлившимся еще изъ области чувствъ, нравовъ и нравственности, неопредѣленнымъ и мало пригоднымъ; юридическій обычай Іерингъ характеризовалъ какъ состояніе текучести права; кристаллизованнымъ и вполнѣ оформленнымъ являлся въ его глазахъ только законъ. Поскольку проведенная Іерингомъ реабилитація закона должна быть признана положительнымъ пріобрѣтеніемъ науки, постольку же нельзя согласиться съ обезцѣненіемъ у него юридическаго обычая. Ошибка Іеринга заключается въ томъ, что онъ признавалъ сознательное творчество единственной формой развитія права и проглядѣлъ тотъ долгій процессъ безсознательнаго приспособленія къ соціальной средѣ, продуктомъ котораго является обычное право съ развитой системой нормъ, отнюдь не смѣшиваемыхъ съ нравами и чувствами, какъ полагалъ Іерингъ.

Въ послѣднее время вопросъ о сравнительной культурной цѣнности юридическаго обычая и закона былъ подвергнутъ пересмотру Л. І. Петражицкимъ. Въ полномъ согласіи съ данными исторіи права Л. І. Петражицкій указываетъ, что на низшихъ ступеняхъ культуры господство юридическаго обычая способствуетъ накопленію и наслѣдственной передачѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе подсознательной, но цѣнной добычи коллективнаго опыта. Съ наростаніемъ культуры и интенсивности культурнаго труда косное по своей природѣ обычное право тормазитъ развитіе; поэтому самое образованіе обычнаго права все болѣе и болѣе затрудняется,

и юридическій обычай поневолѣ уступаетъ свое первенствующее мѣсто закону.

VI. Въ заключеніе ученія объ основныхъ источникахъ и видахъ положительнаго права необходимо сказать нѣсколько словъ о принятой по данному вопросу терминологіи. Принятое въ правовѣдѣніи словоупотребленіе пользуется терминами: «законъ», «юридическій обычай» и «судебная практика», для обозначенія не только источника права, или нормативнаго факта, но и вытекающаго изъ него вида положительнаго права. Можно сказать, что юридическій обычай и обычное право еще, пожалуй, различаются какъ особые термины, изъ которыхъ первый обозначаетъ источникъ, второй — видъ права; но и это различіе далеко не всегда выдерживается, и подъ юридическимъ обычаемъ понимаютъ сплошь да рядомъ норму обычнаго права. Что же касается «закона» и «судебной практики», то эти термины употребляются безразлично и въ смыслѣ источника, и въ смыслѣ вида положительнаго права. Говорятъ: «законъ устанавливаетъ юридическую норму» и «законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственной властью». Имѣя въ виду общепринятое словоупотребленіе, Л. І. Петражицкій упрекаетъ современное правовѣдѣніе въ томъ, что оно смѣшиваетъ самыя понятія нормативнаго факта и вида права. Такой упрекъ представляется намъ черезчуръ тяжкимъ. Смѣшенія указанныхъ понятій на самомъ дѣлѣ нѣтъ, и имѣется лишь невыработанность терминологіи. Но эта недостаточно дифференцировавшаяся терминологія освящена столь долгой, многовѣковой традиціей, что ее невозможно устранить, и потому намъ остается только слѣдовать ей, памятуя, что подъ однимъ и тѣмъ же терминомъ можетъ подразумѣваться, смотря по контексту, то источникъ, то видъ положительнаго права.

§ 18. УЧЕНІЕ Л. І. ПЕТРАЖИЦКАГО О МНОГООБРАЗІИ НОРМАТИВНЫХЪ ФАКТОВЪ И ВИДОВЪ ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ПРАВА

Л. І. Петражицкій, Теорія права, томъ II, §§ 39—43.

Въ ученіи объ источникахъ права, какъ и въ другихъ ученіяхъ теоріи права, теоретическая точка зрѣнія нерѣдко подчиняется догматической. Вслѣдствіе этого вмѣсто общаго ученія объ источникахъ права, которое покрывало бы всѣ извѣстные намъ факты исторіи права и современнаго его состоянія, дается нерѣдко опредѣленіе источниковъ права согласно регламентаціи ихъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Противъ такого смѣшенія догматической и теоретической точекъ зрѣнія выступилъ въ послѣднее время самымъ рѣшительнымъ образомъ Л. І. Петражицкій и развилъ свое ученіе о нормативныхъ фактахъ и связанныхъ съ ними видахъ положительнаго права.

Освободившись отъ узъ догматики и учитывая обильные факты исторіи права, Л. І. Петражицкій насчиталъ цѣлыхъ пятнадцать видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ, по его словамъ, современной наукѣ или

непризнаваемыхъ ею. Намъ необходимо познакомиться съ ними и выяснить ихъ значеніе въ теоріи права. Прежде всего перечислимъ и разъяснимъ ихъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ они приведены у Л. І. Петражицкаго.

1. Книжное право, для котораго нормативнымъ фактомъ служитъ авторитетъ книги, преимущественно юридическаго содержанія. Къ такимъ книгамъ Л. І. Петражицкій относитъ: священныя книги, сборники обычнаго права, научные трактаты и Corpus iuris civilis, который примѣнялся, начиная со среднихъ вѣковъ, не какъ законъ, а какъ авторитетная книга. Сообразно этому рецепція римскаго права отнесена Л. І. Петражицкимъ къ дѣйствію книжнаго права.

2. Право принятыхъ въ наукѣ мнѣній (communis doctorum opinio).

3. Право ученій отдѣльныхъ юристовъ или группъ ихъ.

4. Право юридической экспертизы, подъ которымъ разумѣются нормы права, устанавливаемыя спеціальными разъясненіями, которыя давали ученые юристы для отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ по просьбѣ частныхъ лицъ или обществъ, правительствъ или отдѣльныхъ административныхъ учрежденій, подчасъ также судовъ. Сюда принадлежатъ responsa римскихъ юристовъ, рескрипты римскихъ императоровъ, заключенія юридическихъ факультетовъ, а также рѣшенія кассаціонныхъ судовъ, которыя предназначены не для разбора дѣлъ по существу, а лишь для выясненія возникшихъ въ дѣлѣ юридическихъ вопросовъ.

5. Преэкспертное право, каковымъ является тоже экспертное право, поскольку на него ссылаются при рѣшеніи не того дѣла, по которому затребована была юридическая экспертиза, а по другимъ послѣдующимъ дѣламъ, рѣшаемымъ по экспертному прецеденту.

6. Право изреченій религіозно-этическихъ авторитетовъ: основателей религій, пророковъ, апостоловъ, святыхъ, отцовъ церкви и т. д.

7. Право религіозно-авторитетныхъ примѣровъ, образцовъ поведенія.

8. Договорное право.

9. Право односторонніхъ обѣщаній, для котораго нормативными фактами являются односторонніе обѣщанія органовъ государственной власти и частныхъ лицъ, на которыхъ заинтересованныя лица обосновываютъ свои притязанія.

10. Программное право, для котораго нормативнымъ фактомъ служитъ заявленіе органовъ государственной власти о порядкѣ ихъ дѣятельности или принимаемомъ ими образѣ дѣйствій. Сюда отнесены Л. І. Петражицкимъ сообщенія государствъ объ ихъ отношеніи къ тому или другому международному вопросу, эдикты преторовъ, а также партійныя программы, равно и программы государственныхъ и частныхъ церемоній, собраній, зрѣлищъ.

11. Признанное право, — нормативнымъ фактомъ для него является признаніе извѣстныхъ правъ и обязанностей одной изъ сторонъ юридическаго отношенія. Сюда отнесены: признаніе частными лицами разныхъ правъ и обязанностей при расчетѣ по обязательствамъ, признаніе разныхъ правъ и совершившихся фактовъ въ государственной жизни и международномъ оборотѣ, напр., признаніе правъ претендента на престолъ другимъ

претендентомъ, признаніе новаго государства или новаго государственнаго строя другими государствами.

12. Прецедентное право, нормативнымъ фактомъ для котораго является прецедентъ, т. е. предшествующее дѣйствіе, получившее нормативное значеніе. Сюда отнесены прецеденты въ дѣятельности государственныхъ учрежденій и въ международномъ оборотѣ.

13. Право юридическихъ поговорокъ и пословицъ.

14. Общенародное, вездѣ существующее право, нормативнымъ фактомъ для котораго служатъ ссылки на то, что «такъ принято во всемъ мірѣ», «у всѣхъ народовъ».

15. Неопредѣленное положительное право, нормативнымъ фактомъ для котораго являются неопредѣленныя ссылки на то, что такъ «полагается», такъ «положено», hoc iure utimur, какъ говорили римскіе юристы.

Обращаясь къ критическому разсмотрѣнію только что перечисленныхъ пятнадцати видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ современной наукѣ или ею не признаваемыхъ, мы должны прежде всего замѣтить, что въ приведенномъ перечнѣ имѣется два случая смѣшенія нормативныхъ фактовъ съ юридическими (см. выше стрн. 139, подст. прим.). Мы имѣемъ въ виду одностороннія обѣщанія и признаніе (см. п. 9 и 11). То и другое представляетъ собою юридическіе факты, — односторонніе юридическіе сдѣлки, изъ которыхъ проистекаютъ не нормы, а юридическія отношенія, покоящіяся на обычноправовыхъ или законныхъ нормахъ, регулирующихъ значеніе такихъ обѣщаній или признаній. Такъ несомнѣнно обстоитъ дѣло съ публичнымъ обѣщаніемъ награды со стороны органовъ власти или частныхъ лицъ, а также съ признаніемъ различныхъ притязаній при ликвидаціи обязательствъ, каковые примѣры приводятся Л. І. Петражицкимъ. Другіе же приводимые имъ примѣры имѣютъ совсѣмъ иное значеніе, но все же не служатъ нормативными фактами. Такъ, «обѣщанія монарховъ сохранить или предоставить извѣстныя права народу или извѣстной части его, сохранять и свято соблюдать прежнее право, конституцію или т. п. въ присоединяемой области, дать народу конституцію и проч.» — могутъ имѣть двоякое значеніе: либо закона, облеченнаго въ форму обѣщанія, либо договора, либо нравственнаго, моральнаго обѣщанія. Тотъ или другой характеръ такихъ обѣщаній монарховъ зависитъ отъ совокупности объективныхъ соціальныхъ условій, а не исключительно отъ психическихъ переживаній тѣхъ, кому даются такія обѣщанія. Никакого особаго вида положительнаго права, — права одностороннихъ обѣщаній, при этомъ не возникаетъ. Признаніе въ международномъ оборотѣ это лишь спеціальная юридическая сдѣлка, имѣющая цѣлью констатировать соотвѣтствіе опредѣленнаго фактическаго состоянія существующимъ нормамъ международнаго права. Совершается оно путемъ отдѣльныхъ актовъ сторонъ, такъ какъ международный оборотъ не знаетъ никакой организаціи, соотвѣтствующей нотаріальному или иному порядку укрѣпленія правъ.

Остающіеся тринадцать устанавливаемыхъ Л. І. Петражицкимъ видовъ положительнаго права подлежатъ значительному сокращенію, такъ какъ многообразіе ихъ является результатомъ классификаціоннаго плеоназма.

Совершенно излишней представляется намъ категорія книжнаго права. Книга, въ качествѣ нормативнаго факта, обнимаетъ въ изображеніи Л. І. Петражицкаго и священную книгу, въ которой изложенъ законъ Божій, и запись обычнаго права, и научный юридическій трактатъ, и реципируемый Corpus iuris civilis. Это случайный агломератъ, а не единое понятіе. Не священная книга, не сборникъ юридическихъ обычаевъ, не научный трактатъ, а содержащіеся въ нихъ Божественные законы, юридическіе обычаи, научно-юридическія положенія являются нормативными фактами. Видѣть въ письменномъ или печатномъ закрѣпленіи нормативнаго факта новый нормативный фактъ нѣтъ никакой возможности. Если бы идти послѣдовательно по этому пути, то пришлось бы считать особыми источниками международнаго права и договоры, и собраніе трактатовъ, напр., Мартенса. Отнесеніе рецепціи римскаго права къ книжному праву свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что Л. І. Петражицкій склоненъ признать въ рецепціи дѣйствіе научнаго авторитета Corpus iuris civilis.

При всемъ желаніи нельзя найти достаточно основанія для того, чтобы признавать самостоятельными видами, съ одной стороны, право принятыхъ въ наукѣ мнѣній (п. 2), и съ другой, — право ученій отдѣльныхъ юристовъ или группъ ихъ (п. 3). И то, и другое объемлется однимъ понятіемъ права науки, или права юристовъ, какъ принято говорить. Если же придавать самостоятельное значеніе отдѣльнымъ конкретнымъ проявленіямъ научнаго права, то тогда слѣдуетъ говорить о правѣ Павла, Модестина, Папиньяна, Гуго Гроція и т. д., какъ особыхъ видахъ положительнаго права. Къ праву юристовъ относится несомнѣнно и экспертное, и преэкспертное право (п. 4 и 5), такъ какъ для существа дѣла вѣдь безразлично, справляются ли съ личнымъ мнѣніемъ ученыхъ, или спеціально его испрашиваютъ по данному дѣлу. Что же касается преэкспертнаго права кассаціонныхъ инстанцій, то оно относится къ праву судебной практики. Дѣятельность суда распадается на двѣ функціи: распознаніе права и рѣшеніе на основаніи распознанной нормы даннаго дѣла. Эти функціи могутъ быть соединены или разъединены, но отъ этого судъ не перестаетъ быть судомъ и не превращается въ эксперта.

Право изреченій религіозно-этическихъ авторитетовъ (п. 6) и право религіозно-авторитетныхъ образцовъ поведенія (п. 7) тоже не составляютъ самостоятельныхъ видовъ. И изреченія, и поступки религіозно-этическихъ авторитетовъ могутъ имѣть двоякое значеніе: либо проявленія Божественнаго закона въ словахъ и дѣлахъ вдохновенныхъ свыше его провозвѣстниковъ, либо толкованія Божественнаго закона. Соотвѣтственно тому или другому значенію они должны быть отнесены либо къ категоріи Божественнаго закона, либо къ категоріи права религіозныхъ юристовъ.

Программное право (п. 10), поскольку рѣчь идетъ о правѣ, устанавливаемомъ «программными» заявленіями органовъ государственной власти, всецѣло укладывается въ рамки практики государственныхъ учрежденій, а въ иныхъ проявленіяхъ обнимаетъ собою одинъ изъ видовъ государственныхъ законовъ (т. н. указы, о которыхъ см. ниже въ § 43-емъ).

Право юридическихъ поговорокъ и пословицъ (п. 13) — ничто иное, какъ обычное право, закрѣпленное въ опредѣленной словесной формѣ. Право юридическихъ поговорокъ и пословицъ такъ же, какъ и записи

обычнаго права, нельзя отдѣлять отъ обычнаго права, иначе пришлось бы считать обычноправовыми только тѣ нормы, которыя соблюдающее ихъ лицо узнало путемъ собственнаго наблюденія и формулировало своими словами. Но это было бы неправильно. Вѣдь отъ того, что мы узнали о нормѣ обычнаго права изъ устнаго преданія, или изъ писаннаго, либо печатнаго сборника, обычноправовая норма не перестаетъ быть таковой.

Къ обычному праву относятся также и общенародное вездѣ существующее право (п. 14), и неопредѣленное положительное право (п. 15). Выдѣленіе ихъ въ особые виды не имѣетъ за собой никакого основанія.

Послѣ устраненія всѣхъ плеоназмовъ остаются три вида положительнаго права, о которыхъ забываетъ догматически настроенная теорія права, и о которыхъ напоминаетъ Л. І. Петражицкій: научное, договорное право и прецедентное право.

Догматизмъ теоріи права доходитъ нерѣдко до того, что она отказывается признавать правомъ международное право, а потому совершенно игнорируетъ договоръ, являющійся главнымъ источникомъ этого права. Практику догматизмъ ограничиваетъ исключительно судебной практикой. Существенно важно, что Л. І. Петражицкій подчеркнулъ значеніе договорнаго права и въ своемъ прецедентномъ правѣ указалъ на правотворящее значеніе практики всѣхъ государственныхъ учрежденій, не однихъ лишь судебныхъ.

Р. С. Ф. С. Р.
ИНСТИТУТ
К. МАРКСА и Ф. ЭНГЕЛЬСА
при Ц. И. К.

ГЛАВА V. ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

§ 19. ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ ЕСТЕСТВЕННОПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ

Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, 1892; V. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2-te Aufl., 1909; В. В. Чекаевскій, Методы изученія права, Ж. М. Нар. Просв., 1908 г., авг.; І. А. Покровскій, Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права, 1909; Е. В. Спекторскій, Проблема соціальной физики въ XVII столѣтіи, томъ I, 1910, глав. VIII, XI; Н. Н. Алексѣевъ, Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ, часть I, 1912 г., отдѣлъ I; Franz Haymann, Naturrecht und positives Recht, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, I. Bd., 1913—1914; Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, Lausanne-Paris, 1908—1919, livre II, chap. XIV.

Положительному, реальному праву, покоящемуся на внѣшнемъ установленіи, человѣческая мысль неизмѣнно противопоставляла право идеальное, авторитетъ котораго основывается исключительно на присущей ему внутренней справедливости, опредѣляемой требованіями совѣсти и разума. Противоположеніе реальному праву права идеальнаго вытекаетъ изъ прирожденныхъ человѣческому духу свойствъ, — критическаго отношенія къ существующему правопорядку и стремленія къ совершенному идеалу справедливости. Въ виду этого можно предполагать, что мысль объ идеальномъ правѣ проявлялась на всѣхъ ступеняхъ правовой культуры. Ограничиваясь предѣлами европейской цивилизаціи, мы можемъ отмѣтить, что мысль эта проявлялась уже въ древней Греціи. У греческихъ поэтовъ, въ особенности трагиковъ, мы встрѣчаемъ понятіе идеальнаго, неизмѣнно справедливаго права подъ именемъ неписаннаго закона (ἄγραφος νόμος), съ которымъ реальное положительное право (законъ писанный) могло находиться въ противорѣчіи, что порождало тяжелые конфликты въ жизни героевъ греческой трагедіи (Антигона), нарушавшихъ во имя голоса совѣсти писанный законъ ради закона неписаннаго. Со времени софистовъ греческіе философы различали справедливое по закону (νόμῳ δίκαιον) и справедливое по природѣ φύσει δίκαιον, разумѣя подъ первымъ право положительное и подъ вторымъ право идеальное. Признаніе природы источникомъ идеальнаго права получило особенное значеніе подъ вліяніемъ стоической философіи, считавшей этическій порядокъ не только порядкомъ человѣческихъ отношеній, но и порядкомъ всего мірозданія. Вліяніе стоической философіи отразилось на римской юриспруденціи, которая развила

стройное и законченное ученіе объ идеальномъ правѣ и закрѣпила за нимъ названіе права естественнаго (вытекающаго изъ природы, естества).

Ученіе римской юриспруденціи объ естественномъ правѣ содержитъ въ себѣ нѣсколько разновидностей, которыя могутъ быть представлены въ качествѣ послѣдовательныхъ ступеней развитія идеи естественнаго права въ зависимости отъ историческихъ условій развитія римскаго положительнаго права.

Положительное право древняго Рима сложилось первоначально въ видѣ права замкнутой городской общины, расчитаннаго на гражданъ послѣдней и потому получившаго названіе гражданскаго права (ius civile). Вращаясь въ тѣсныхъ предѣлахъ гражданъ, право это устанавливало тѣсныя, и, такъ сказать, стѣснительныя (не даромъ его называли ius strictum) опредѣленія субъектовъ, объектовъ, а также формъ и условій образованія юридическихъ отношеній. Подъ эти тѣсныя опредѣленія и формулы не могли быть подведены отношенія между римскими гражданами и иностранцами (peregrini) съ ихъ разнообразіемъ субъектовъ, объектовъ, формъ и видовъ сдѣлокъ. Для регламентаціи этого болѣе широкаго оборота практика спеціальнаго преторскаго суда (praetoris peregrini) выработала наряду съ нормами строгаго гражданскаго права особую систему права общенароднаго (ius gentium). При построеніи общенароднаго права приходилось отступать отъ тѣхъ началъ, на которыхъ покоился внутренній смыслъ отношеній замкнутаго гражданскаго оборота, и переходить къ болѣе широкимъ началамъ, которыя давали бы смыслъ и признаніе юридическимъ отношеніямъ, какъ таковымъ, независимо отъ того, являлись ли субъектами ихъ граждане, или перегрины. Соображенія объ особенностяхъ гражданской общины замѣнялись соображеніями о существенныхъ природныхъ, или естественныхъ свойствахъ самыхъ сдѣлокъ и отношеній, выходившихъ за тѣсные предѣлы гражданской общины. Гражданскій разумъ (ratio civilis) старыхъ законовъ уступалъ мѣсто естественному разуму (ratio naturalis) новаго общенароднаго права. Указанный процессъ запечатлѣнъ въ извѣстномъ опредѣленіи Гая по вопросу о дѣленіи права на гражданское и общенародное. Omnes populi, qui moribus et legibus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

Конкретный фактъ параллельнаго развитія въ Римѣ системъ гражданскаго и общенароднаго права былъ Гаемъ обобщенъ. Такимъ образомъ получилось у Гая общее ученіе о томъ, что у всякаго народа дѣйствуютъ юридическія нормы двоякаго рода: однѣ, имъ самимъ установленныя и расчитанныя на особенности его быта, — и другія, одинаково признаваемыя всѣми народами и покоящіяся на естественномъ разумѣ, т. е. на соображеніи естественныхъ свойствъ субъектовъ, объектовъ, обязанностей и притязаній независимо отъ особенностей конкретной національной среды.

Дальнѣйшій анализъ юридическихъ нормъ, покоящихся на естественномъ разумѣ, обнаружилъ дѣленіе этихъ нормъ на два вида. Первый видъ составляютъ нормы, соразмѣряемыя съ физической природой людей, т. е. съ ихъ инстинктами и склонностями физіологическаго характера, свойственными не только людямъ, но и животнымъ. Второй видъ образуютъ тѣ нормы, которыя соразмѣряются съ интеллектуальной природою людей, отличающею ихъ отъ животныхъ въ качествѣ особыхъ существъ. Такое подраздѣленіе проведено въ извѣстномъ классическомъ опредѣленіи Ульпіана, въ которомъ естественное право выдѣлено изъ общенароднаго, и сообразно этому вся область права раздѣлена на три системы: гражданскаго, естественнаго и общенароднаго. Privatum ius, говоритъ Ульпіанъ, tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur; hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus enim caetera quoque animalia istius iuris peritia censeri. Ius gentium est quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est... Ius civile est quod neque in totum a naturali recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium id est civile efficimus.

Право, руководимое разумомъ природы, какъ общеживотной, такъ и общечеловѣческой, устанавливаетъ тѣ предѣлы, въ которыхъ неизбѣжно вращается соціальная нормировка людей, но не даетъ еще критерія моральной оцѣнки, съ которой эта нормировка должна сообразоваться. Такъ, оно устанавливаетъ неизбѣжность браковъ и родительскаго попеченія о дѣтяхъ, констатируетъ природное равенство людей, указываетъ на ничтожность обязательствъ, направленныхъ на невозможное и недостижимое для людей, отказывается отъ индивидуальнаго обладанія воздухомъ и моремъ и т. п. Оцѣнки во всемъ этомъ нѣтъ, потому что въ этомъ пониманіи естественное право, учитывая данныя внѣшней природы, а также животныя и интеллектуальныя свойства человѣческой породы, упускаетъ изъ виду моральную природу людей. Этотъ пробѣлъ восполняется въ третьемъ изъ принадлежащихъ классической римской юриспруденціи опредѣленіи естественнаго права, — въ опредѣленіи юриста Павла. Ius pluribus modis dicitur, говоритъ Павелъ. — Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus ac pluribus in quaqua civitate utile est, ut est ius civile.

Въ приведенномъ изреченіи юриста Павла естественное право противопоставляется гражданскому, или положительному, въ силу противоположенія начала справедливости началу цѣлесообразности. Положительное право характеризуется какъ обезпеченіе пользы, т. е. выгодъ, интересовъ всѣхъ или большинства въ томъ или другомъ государствѣ; право естественное — какъ приложеніе началъ уравнивающей справедливости и добра. Природа, на которую опирается естественное право въ этомъ его пониманіи, разумѣется, внѣ всякаго сомнѣнія, какъ моральная природа человѣка съ присущей ей идеей справедливости и добра. Естественное право предста-

вляется такимъ образомъ какъ справедливое, нравственно доброкачественное право. Критерій этой справедливости черпается изъ моральнаго закона, дѣйствующаго, согласно ученію стоиковъ, во всей природѣ и отражающагося въ моральномъ естествѣ людей.

Естественное, т. е. неизмѣнно справедливое и доброе, право находится къ праву положительному въ двоякомъ отношеніи. Съ одной стороны, оно входитъ въ его составъ въ качествѣ основного организующаго начала, ибо при полномъ уклоненіи отъ началъ справедливости и добра не возможна никакая цѣлесообразная регламентація отношеній въ человѣческомъ общежитіи. Съ другой стороны, естественное право противополагается положительному, ибо послѣднее, руководясь стремленіемъ къ наиболѣе цѣлесообразному приспособленію къ условіямъ данной конкретной среды и обезпеченію интересовъ всѣхъ или большинства, не въ состояніи осуществить началъ справедливости и добра во всей ихъ полнотѣ и послѣдовательности. Въ этомъ смыслѣ естественное право стоитъ надъ положительнымъ въ качествѣ критерія для оцѣнки и дальнѣйшаго совершенствованія послѣдняго. Такимъ образомъ римскіе юристы, съ одной стороны, оправдывали дѣйствующее положительное право, указывая, что оно прямо не противорѣчитъ праву естественному и въ конечномъ итогѣ основывается на его требованіяхъ; съ другой стороны, подвергали положительное право критикѣ съ точки зрѣнія естественной справедливости и обрѣтали въ послѣдней источникъ для обновленія, смягченія и совершенствованія положительнаго права.

Римское ученіе объ естественноправовыхъ нормахъ было воспринято ап. Павломъ и примѣнено къ закону нравственно-религіозному. На ряду съ закономъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. закономъ откровеннымъ, даннымъ отъ Бога, ап. Павелъ (къ Римлян., II, 14—15) признаетъ существованіе закона, начертаннаго въ сердцахъ людей, т. е. закона естественнаго. Благодаря существованію естественнаго закона, прирожденнаго людямъ, могутъ жить и живутъ законом'рно язычники, не озаренные свѣтомъ Божественнаго откровенія, но черпающіе изъ своей совѣсти при помощи разума свидѣтельство о правдѣ и неправдѣ. Приведенное ученіе ап. Павла тѣмъ болѣе было примѣнимо къ законамъ гражданскаго общества и такимъ образомъ освящало для христіанъ идею естественнаго права.

Христіанское освященіе идеи естественнаго права неминуемо отразилось и на представленіи о сущности этой идеи. На мѣсто моральнаго закона, разлитаго во всей вселенной, какъ учила пантеистически настроенная философія стоиковъ, опредѣлявшая міровоззрѣніе римскихъ юристовъ, христіанство поставило премудрость и волю Божью въ качествѣ источника нравственнаго закона. Въ соотвѣтствіи съ этимъ должно было измѣниться и представленіе объ естественномъ правѣ. Послѣднее перестало казаться проявленіемъ безличной природы и стало разсматриваться какъ отраженіе Божественной справедливости согласно предначертаніямъ Творца. Новая точка зрѣнія на естественное право сказалась въ Corpus iuris civilis, составленномъ въ эпоху укоренившагося господства христіанства, какъ религіи государственной. Въ Институціяхъ Юстиньяна проводится уже мысль о томъ, что всегда устойчивыя и неизмѣнныя нормы естественнаго права установлены нѣкіимъ Божественнымъ Провидѣніемъ (Naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque obser-

vantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent).

Римское ученіе объ естественномъ правѣ, сочетавшее въ своемъ конечномъ развитіи морально-философскую идею съ религіозной, было воспринято западно-европейской мыслью въ средніе вѣка и оставалось прочнымъ достояніемъ научной юриспруденціи вплоть до начала XVII вѣка.

Догматизмъ и библіократизмъ (власть Библіи надъ умами) средневѣковаго міровоззрѣнія наложили на римскую идею естественнаго права своеобразный отпечатокъ. Средневѣковый умъ не довѣрялъ собственнымъ силамъ и повсюду искалъ надежныхъ авторитетовъ, на которые можно бы было опереться. Для ученія объ естественномъ правѣ такими авторитетами оказались римское право и Священное Писаніе. Римское право почиталось за писанный разумъ (ratio scripta) и освобождало средневѣковыхъ схоластиковъ отъ поисковъ философскаго критерія естественной справедливости. Священное Писаніе давало исчерпывающій и непререкаемый отвѣтъ на всѣ религіозные вопросы и въ своей законодательной части доставляло религіозныя основы естественнаго права. Изъ сочетанія римскаго права и правоположеній, содержащихся въ Священномъ Писаніи, образовалась система естественнаго права среднихъ вѣковъ. Если возникали при этомъ какія либо сомнѣнія, то они разрѣшались авторитетнымъ толкованіемъ церкви. Правда, въ принципѣ даже канонисты ставили внутренній авторитетъ разума выше внѣшняго авторитета властей, въ томъ числѣ и церковныхъ, но на самомъ дѣлѣ какъ въ практической, такъ и въ теоретической юриспруденціи толкованіе церкви почиталось за неоспоримый критерій естественной справедливости. Такимъ образомъ идея естественнаго права носила въ средніе вѣка теократическій характеръ. Не утратила она его и въ ученіяхъ протестантскихъ писателей XVI вѣка, особенность которыхъ выразилась лишь въ томъ, что они ставили авторитетъ Библіи, особенно книгъ Ветхаго Завѣта, Моисеева законодательства, выше авторитета римскаго права, отвергавшагося ими вмѣстѣ съ римской куріей.

Существенно новое направленіе дано было ученію объ естественномъ правѣ съ первой четверти XVII столѣтія при коренномъ обновленіи научной юриспруденціи подъ знаменемъ раціонализма.

Раціонализмъ обозначалъ прежде всего освобожденіе теоретическаго разума отъ рабскаго подчиненія авторитетамъ. Въ области юриспруденціи научная мысль освободилась какъ отъ римской юридической догмы, такъ и отъ средневѣковой теократической идеи, и поставила себѣ цѣлью самостоятельное, критическое построеніе системы естественнаго права. Сплошной рядъ систематическихъ усилій научной мысли юристовъ въ этомъ направленіи создалъ цѣлую школу естественнаго права, господствомъ которой отмѣчены въ исторіи науки права XVII и XVIII столѣтія. Родоначальникомъ школы естественнаго права считаютъ Гуго Гроція (его сочиненіе De iure belli ac pacis, 1625 г.) и наиболѣе совершеннымъ выразителемъ ея теоретическихъ замысловъ — Ѳому Гоббса. Въ ряду другихъ болѣе крупныхъ представителей школы слѣдуетъ назвать имена Христіана Томазія, Домà, Самуила Пуфендорфа, Христіана Вольфа, Жанъ-Жака Руссо, Иммануила Канта.

Школа естественнаго права ставила ученію о правѣ необычное для него новое заданіе, выдвинувшееся подъ вліяніемъ крупнѣйшихъ успѣховъ, которыхъ достигло математическое естествознаніе (математика, теоретическая и небесная механика, математическая физика), благодаря открытіямъ и трудамъ Коперника, Галилея, Декарта, затѣмъ Ньютона. Подобно тому какъ математическое естествознаніе устанавливало механическіе законы вселенной, и научное правовѣдѣніе должно, учили представители школы естественнаго права, установить механическіе законы человѣческаго общежитія.

Для осуществленія этого заданія наука права должна пользоваться тѣмъ же методомъ, что и математика, въ частности геометрія, гдѣ методъ этотъ выступаетъ съ особенной наглядностью (особенно для насъ юристовъ, вынесшихъ изъ средней школы знаніе одной лишь элементарной математики). Этотъ математическій, или геометрическій методъ (ordo geometricus) характеризуется прежде всего какъ методъ, свойственный раціонализму. Подъ раціонализмомъ мы разумѣемъ такое направленіе теоретической мысли, которое считаетъ разумъ не только орудіемъ, но и источникомъ нашего познанія. Раціонализмъ черпаетъ первоначальныя исходныя положенія знанія изъ разума и по правиламъ формальной логики выводитъ изъ нихъ всю систему нашего знанія. Въ качествѣ исходныхъ положеній могутъ служить только такія положенія, которыя представляются разуму несомнѣнными истинами, не требующими никакихъ доказательствъ и, главное, исключающими возможность доказательства противнаго. Это будутъ истины самоочевидныя, или аксіомы (напр., прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками — исходная аксіома всей Эвклидовой геометріи). Изъ аксіомъ выводятся, дедуцируются всѣ послѣдующія положенія, взаимно связанныя и образующія совокупность нашего раціональнаго знанія въ извѣстной области. По мѣрѣ логическаго удаленія отъ простѣйшей аксіомы положенія эти становятся все болѣе и болѣе сложными и потому требуютъ убѣдительныхъ для разума доказательствъ, сущность которыхъ сводится къ наглядному показанію, или демонстраціи непрерывной нити (uni deductionis fili), соединяющей болѣе сложныя воззрѣнія (теоремы) съ первоначальной аксіомой. На основаніи сказаннаго мы легко поймемъ, почему и въ какомъ смыслѣ математическій, или геометрическій методъ называется аксіоматическимъ, а также дедуктивно-демонстративнымъ.

Чтобы пользоваться дедуктивно-демонстративнымъ методомъ, юристамъ новой раціоналистической школы пришлось прежде всего установить аксіому, которая могла бы послужить исходной точкой для новыхъ научныхъ построеній. Въ качествѣ аксіомы можетъ быть пригодно сужденіе крайне простое по своему содержанію, которое касается простѣйшаго элемента въ составѣ подлежащихъ изученію явленій и само сводится къ его опредѣленію. Такова исходная геометрическая аксіома: прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками. У юристовъ новой школы неминуемо возникалъ вопросъ: что именно въ человѣческомъ общежитіи должно быть признано за простѣйшій неразложимый элементъ, относительно котораго нашъ разумъ могъ бы найти въ себѣ и для себя аксіоматическое опредѣленіе? Отвѣтъ на этотъ вопросъ данъ былъ слѣдующій: простѣйшимъ неразложимымъ элементомъ общежитія людей является отдѣльный,

обособленный человѣкъ, который съ точки зрѣнія общественнаго процесса не поддается дѣленію на болѣе простые элементы и потому называется недѣлимымъ, или индивидомъ (individuum). Человѣческій индивидъ въ общественной наукѣ вполнѣ соотвѣтствовалъ матеріальному атому (греч. ἄτομον := лат. individuum) въ физикѣ и въ механикѣ. Такимъ образомъ индивидъ былъ неизбѣжно принятъ за простѣйшій неразложимый элементъ общежитія и за исходную точку науки объ обществѣ.

Такая квалификація индивида вызывалась, какъ мы только что видѣли, причинами теоретическаго характера. Необходимо при этомъ замѣтить, что данная теоретическая постановка находилась въ полномъ соотвѣтствіи съ практическими потребностями эпохи образованія и господства школы естественнаго права. Какъ разъ въ это время встало на очередь и проявлялось практическое стремленіе къ свободѣ личности въ церковномъ, религіозномъ, интеллектуальномъ, а также экономическомъ и, наконецъ, политическомъ отношеніи. Стремленіе это исходило изъ городовъ, изъ среды третьяго сословія, которое являлось носителемъ прогрессивныхъ началъ въ тогдашнемъ европейскомъ обществѣ. Отъ церковнаго и феодальнаго гнета личность непривилегированнаго и, такъ сказать, абстрактнаго индивида освобождалась первоначально при содѣйствіи единодержавной государственной власти, сложившейся и окрѣпшей въ борьбѣ съ притязавшей на политическое верховенство церковью и съ феодалами, дробившими власть по своимъ привилегированнымъ вотчинамъ (домэнамъ, или сеньеріямъ). Но, освобождая личность въ одномъ направленіи, государство порабощало ее въ другомъ, — подчиняло ее своему собственному безпредѣльному авторитету и своей неограниченной опекѣ. Тогда практическая потребность въ личной свободѣ превратилась въ протестъ противъ государственнаго абсолютизма и государственной опеки и вылилась въ стремленіе къ такому переустройству общественной жизни, для котораго исходнымъ и опредѣляющимъ моментомъ являлась бы не власть, а человѣческая личность. Теоретическіе и практическіе интересы такимъ образомъ совпадали и сходились на индивидуалистической концепціи общества.

Для цѣлей теоретическихъ недостаточно было признать индивида простѣйшимъ неразложимымъ элементомъ общежитія. Необходимо было далѣе рѣшить вопросъ о томъ, къ чему ближайшимъ образомъ слѣдовало отнести то опредѣленіе индивида, которое должно служить аксіомой, исходной для науки объ обществѣ. Такъ какъ общественный процессъ относится не къ физической, а къ моральной природѣ человѣка, то и требуемое для теоріи опредѣленіе индивида было пріурочено къ его моральной сущности. Дѣйствительно мы видимъ, что представители школы естественнаго права выставляли въ качествѣ исходной аксіомы простѣйшія опредѣленія моральной природы индивида, напр., указывали, что человѣку прирождено влеченіе къ общежитію (appetitus societatis у Гуго Гроція), или же, напротивъ того, признавали, что люди по природѣ враждебны другъ другу (homo homini lupus у Ѳомы Гоббса).

Разъ первоначальная аксіома была установлена, все дальнѣйшее шло въ полномъ согласіи съ предписаніями дедуктивно-демонстративнаго метода, какъ они сложились въ математическомъ естествознаніи. Путемъ ряда

послѣдовательныхъ, все болѣе и болѣе сложныхъ выводовъ раскрывалась цѣлая система естественныхъ законовъ человѣческаго общежитія.

Устанавливаемые такимъ путемъ естественные законы общежитія представляютъ подобно законамъ природы двоякій интересъ, — теоретическій и практическій. Теоретическій ихъ интересъ заключается въ томъ, что они являются продуктомъ чистаго знанія, благодаря чему правовѣдѣніе въ постановкѣ, данной ему школою естественнаго права, перестаетъ быть прикладной догматической дисциплиной и становится на ту научную высоту, на которой находится математическое естествознаніе. Практическое значеніе естественныхъ законовъ общежитія состоитъ въ томъ, что ими можно пользоваться для управленія человѣческимъ обществомъ, подобно тому какъ техникъ пользуется выводами теоретической механики для управленія машиной. Устанавливаемые теоріей права законы могутъ такимъ образомъ стать дѣйствующими юридическими нормами. Поэтому они могутъ быть названы естественнымъ правомъ согласно идущей отъ римскихъ юристовъ традиціи.

Отношеніе естественнаго права къ праву положительному понималось двояко: съ одной стороны, естественное право лежитъ въ основѣ положительнаго; съ другой стороны, естественное право служитъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права и предуказаніемъ для его совершенствованія.

Естественное право лежитъ въ основѣ права положительнаго. Это не значитъ, что положительное право во всемъ совпадаетъ съ естественнымъ. Напротивъ того, положительное право во многомъ и многомъ уклоняется отъ прямолинейныхъ нормъ естественнаго права. Однако, при всѣхъ наличныхъ и мыслимыхъ уклоненіяхъ положительное право не можетъ въ корнѣ противорѣчить естественному и быть, такъ сказать, съ нимъ несоизмѣримымъ. Полную аналогію въ данномъ случаѣ представляетъ соотношеніе между теоретической механикой и практической техникой. Какому нибудь рудиментарному техническому приспособленію, сооруженному помощью непосредственнаго умѣнія и практической сметки, весьма далеко до осуществленія всѣхъ выводовъ теоретической механики; однако законы послѣдней лежатъ въ основѣ и этого весьма несовершеннаго сооруженія, которое не можетъ имъ противорѣчить и идти въ разрѣзъ съ ними, иначе оно совсѣмъ бы не дѣйствовало.

Подобно тому какъ знаніе законовъ теоретической механики даетъ критерій для браковки несовершенныхъ техническихъ приспособленій и ихъ совершенствованія, точно такъ же и естественное право является мѣриломъ для критики права положительнаго и его дальнѣйшаго совершенствованія. При этомъ, конечно, не исключена возможность признанія дѣйствующаго общественнаго механизма абсолютно негоднымъ и провозглашенія необходимости немедленной радикальной замѣны его системою нормъ естественнаго права.

Не смотря на использованіе совершеннѣйшаго математическаго метода, естественноправовой школѣ не удалось въ теченіе двухъ столѣтій установить единую систему естественнаго права, которая въ отношеніи точности и незыблемости ея выводовъ походила бы хоть сколько нибудь на законы Коперника, Галилея, Паскаля, Ньютона или Гарвея. Всякій представитель

школы отправлялся отъ своихъ «аксіомъ» и строилъ свою систему. Были, конечно, системы сходныя, даже почти тождественныя въ основныхъ своихъ положеніяхъ, но не было того единства и неизмѣнности системы, которыя свидѣтельствовали бы объ открытіи научной истины.

Причина неудачи заключалась въ непригодности дедуктивно-демонстративнаго метода къ изученію въ высшей степени сложныхъ общественныхъ явленій.

Прежде всего въ наукѣ права не было общепризнанной аксіомы относительно моральной природы индивида. Всякій представитель школы устанавливалъ эту аксіому по своему. Да иначе и быть не могло. Индивидъ отнюдь не представляетъ собою простѣйшаго элемента въ области общежитія на подобіе прямой линіи въ геометріи. Моральная природа индивида не есть нѣчто изначала данное и неизмѣнное, разъ на всегда предопредѣляющее закономѣрный укладъ общежитія. Она сама испытываетъ на себѣ непрестанное воздѣйствіе общественнаго процесса и является продуктомъ его не менѣе, чѣмъ источникомъ. Отсюда — невозможность аксіоматическаго опредѣленія моральной природы индивида и неизбѣжное разногласіе представителей школы естественнаго права по этому основному вопросу.

Такъ какъ въ дѣйствительности исходной аксіомы не было, то представители школы выдавали за аксіоматическія такія опредѣленія моральной природы человѣка, которыя черпали не изъ абстрактнаго содержанія теоретическаго разума, а изъ конкретнаго содержанія общественной идеологіи, слагавшейся подъ вліяніемъ условій времени, мѣста и соціальной среды. Сторонники раскрѣпощенія личности отъ гнета государственной власти и правительственной опеки настаивали на общежительномъ характерѣ человѣческой природы и склонности ея къ упорядоченной свободѣ. Защитники государственнаго абсолютизма и правительственной опеки выдвигали эгоистичность и взаимную враждебность отдѣльныхъ человѣческихъ особей, неспособность ихъ къ общежитію безъ крѣпкой узды, наложенной властною рукою. Иные представители школы, сознавъ безсиліе человѣческаго разума въ дѣлѣ установленія исходной аксіомы, или первоначальнаго закона общежитія, находили для себя исходъ въ указаніяхъ Божественнаго Откровенія, заимствовали первоначальный законъ изъ Священнаго Писанія и такимъ образомъ возстанавливали средневѣковую традицію. По такому методу развивалъ естественный порядокъ гражданскихъ законовъ извѣстный французскій юристъ второй половины XVII вѣка — Дома (Domat).

Съ неменьшими затрудненіями для школы естественнаго права соединенъ былъ и процессъ дедукціи, этотъ главный нервъ математическаго метода раціонализма.

Невозможно въ разрѣзъ съ многовѣковымъ опытомъ людей распространять на общественную жизнь тѣ свойства, которыми надѣляетъ внѣшнюю природу выработанное математическимъ естествознаніемъ механическое міровоззрѣніе. Общественная жизнь воспринималась и воспринимается нами не какъ статическое (пребывающее въ состояніи неизмѣннаго равновѣсія) соотношеніе неизмѣнныхъ и безсознательныхъ силъ, а какъ динамическое (пребывающее въ состояніи подвижнаго равновѣсія) накопленіе изъ поколѣнія въ поколѣніе сознанія и познанія и соотвѣтствующее этому измѣненіе отношенія людей къ внѣшней средѣ и внутреннихъ междучеловѣческихъ,

общественныхъ отношеній. Въ виду этого сущность общественной жизни заключается не въ ея неизмѣнномъ состояніи, которое было бы подобно неизмѣнному соотношенію механическихъ силъ природы, а въ ея непрестанномъ развитіи. Отдѣльныя ступени этого развитія представляютъ собою неповторяющіяся сочетанія явленій, характерныя по своей особенности. Поэтому невозможно вывести законы общежитія изъ какого либо статическаго свойства моральной природы индивида путемъ одной лишь формальной дедукціи, не учитывая преемственнаго воздѣйствія однихъ человѣческихъ поколѣній на другія и измѣнчивыхъ условій времени и мѣста. Моральная природа индивида допускаетъ рядъ соціальныхъ возможностей. Мыслимы и логически допустимы различные формы и законы общежитія. Вопросъ о томъ, какая изъ этихъ логическихъ возможностей неизбѣжно становится реальной необходимостью, не поддается раціоналистическому рѣшенію помимо и внѣ эмпиріи (наблюденія и опыта).

Въ силу указанной причины представители школы естественнаго права, оффиціально провозглашавшіе дедукцію единственнымъ пріемомъ научнаго метода, на самомъ дѣлѣ развивали свои положенія не однимъ лишь дедуктивнымъ путемъ, который не обезпечивалъ необходимой при изученіи общественной жизни конкретизаціи. Они обращались и къ эмпирическому матеріалу, — и римскаго права, и Священнаго Писанія, и англійскаго государственнаго строя, и вообще національныхъ правовыхъ системъ. Заимствовали изъ него тѣ положенія, которыя соотвѣтствовали «аксіоматическому» опредѣленію моральной природы человѣка и основанному на послѣднемъ критерію естественной справедливости. Эти положенія, въ сущности говоря, подводились подъ исходныя опредѣленія и затѣмъ уже излагались такъ, какъ будто бы они были выведены изъ этихъ исходныхъ опредѣленій съ формально-логическою необходимостью, каковой на самомъ дѣлѣ не было, ибо, повторяемъ, логически мыслимы различныя возможности конкретизаціи одного и того же моральнаго принципа въ общежитіи.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что непригодность дедуктивно-демонстративнаго метода для познанія общественной жизни вынуждала школу естественнаго права къ неизбѣжному его искаженію. Послѣдствіемъ этого искаженія было отсутствіе единой системы естественнаго права и образованіе различныхъ естественноправовыхъ системъ отдѣльныхъ представителей школы. Недостижимость научной точности и единства открывала доступъ вліяніямъ общественной идеологіи, подъ воздѣйствіемъ которыхъ слагались отдѣльныя системы естественнаго права. Сообразно наиболѣе общему дѣленію общественной идеологіи на прогрессивную и консервативную можно соотвѣтственнымъ образомъ подѣлить и системы естественнаго права. Одни представители школы стремились къ болѣе или менѣе радикальной общественной и политической реформѣ во имя свободы личности и развивали прогрессивныя, либеральныя системы естественнаго права, превращая въ естествоправовыя нормы пожеланія и требованія тѣхъ общественныхъ круговъ, отъ имени которыхъ выступали, хотя бы и подсознательно. Другіе представители школы подобнымъ же образомъ отстаивали существующій правопорядокъ и помощью дедуктивно-демонстративнаго метода раціонализовали нормы положительнаго права, возводя ихъ на степень естественныхъ законовъ общежитія. Различіе и антагонизмъ двухъ указан-

ныхъ направленій сказывались съ особенною силою по вопросамъ государственнаго права, въ области котораго царило разнообразіе интересовъ и обостренное ихъ противоположеніе. Что касается права гражданскаго, то необходимость преобразованія его на началахъ свободы личности подъ давленіемъ все разроставшагося экономическаго оборота сознавалась почти всѣми общественными классами и группами. Вслѣдствіе этого приведеніе гражданскаго права въ естественный порядокъ почти не вызывало принципальныхъ разногласій и слагалось въ форму болѣе или менѣе единой теоретической системы. Подобный же процессъ можетъ быть отмѣченъ и въ области международнаго права, въ которой естественные законы находили болѣе или менѣе однообразное по содержанію своему признаніе, по крайней мѣрѣ, со стороны теоретиковъ.

Какъ видимъ, школа естественнаго права не была въ состояніи послѣдовательно выдержать свои теоретико-познавательные и методологическіе принципы, но зато создала наукообразную форму для выраженія различныхъ теченій общественной идеологіи съ преимущественнымъ уклономъ въ сторону теченія либеральнаго и прогрессивнаго, какъ болѣе соотвѣтствовавшаго индивидуалистической концепціи общества. Въ этой своей послѣдней функціи школа естественнаго права пріобрѣла весьма важное значеніе въ качествѣ крупнѣйшаго интеллектуальнаго фактора культурнаго развитія западно-европейской общественности и государственности. Практическое значеніе и практическій успѣхъ обезпечивали жизнеспособность школы естественнаго права и заставляли забывать объ ея теоретическихъ противорѣчіяхъ и недостаткахъ. Нѣкоторые умы, болѣе критически настроенные въ области теоріи познанія и методологіи (нпр., Паскаль въ половинѣ XVII в.), видѣли противорѣчія и недостатки школы и, не обинуясь, указывали на непригодность геометрическаго метода для познанія общественныхъ явленій. Но такъ какъ критика эта не сопровождалась указаніемъ надлежащаго научнаго пути и приводила къ научному скепсису и къ замѣнѣ научнаго познанія общественной жизни оцѣнкой ея съ точки зрѣнія религіозныхъ вѣрованій (у Паскаля), то она не въ состояніи была подорвать научный кредитъ школы естественнаго права, тѣмъ болѣе что школѣ удалось, повторяемъ, пріобрѣсти важное практическое значеніе и добиться практическаго успѣха.

Научная критика выступила съ разрушительной силой противъ школы естественнаго права лишь послѣ того, какъ обнаружилась практическая несостоятельность школы. Роль гибельнаго практическаго испытанія сыграла въ данномъ случаѣ великая французская революція. Революція шла подъ теоретическимъ знаменемъ школы естественнаго права, и великіе принципы 1789 года сводились къ законодательному признанію естественныхъ законовъ общежитія. Въ этомъ смыслѣ революція принесла школѣ естественнаго права побѣду и торжество. Пораженіе и кризисъ школы начались тогда, когда отъ провозглашенія великихъ принциповъ перешли къ ихъ осуществленію. Процессъ этого осуществленія, съ одной стороны, явилъ собою образъ неустойчивости и даже безправія новыхъ общественныхъ формъ, созданныхъ по раціоналистическому рецепту. Съ другой стороны, тотъ же процессъ показалъ, что формально безусловное провозглашеніе принципа личной свободы все же не принесло ей дѣйствительнаго

обезпеченія, и личности пришлось и при новомъ строѣ испытывать на себѣ гнетущее вліяніе не только не устраненныхъ по недосмотру, но и неустранимыхъ, повидимому, по существу пережитковъ стараго порядка. Первая сторона дѣла привлекла къ себѣ вниманіе приверженцевъ консервативнаго направленія, превратившихся въ сторонниковъ реакціи. Вторая сторона дѣла была подмѣчена либералами и прогрессистами и вызвала въ нихъ нѣкоторое разочарованіе сначала въ практическомъ дѣйствіи, а затѣмъ и въ теоретическихъ основахъ раціоналистической школы въ наукѣ права. Реакціонеры во имя порядка совершенно отвергли раціонализмъ, которому до революціи слѣдовали, какъ мы знаемъ, и консерваторы. Они провозгласили полное въ дѣлѣ познанія законовъ общежитія безсиліе теоретическаго разума, какъ разума субъективнаго, и въ своемъ стремленіи къ возврату прошлаго, къ т. н. исторической законности, указали на исторію, какъ на единственный путь къ познанію существа и объективной закономѣрности общественной жизни. Разочарованные либералы и прогрессисты усматривали причину практической неудачи естественноправовыхъ принциповъ въ такомъ господствѣ прошлаго надъ настоящимъ, котораго не удалось преодолѣть помощью раціоналистическихъ формулъ, не смотря на пріобрѣтенную ими законодательную санкцію. Такимъ образомъ оба направленія общественной идеологіи стали испытывать непреодолимое влеченіе къ исторіи, — реакціонеры раньше, либералы и прогрессисты нѣсколько позже. На мѣсто раціоналистической революціи была выставлена историческая эволюція, причемъ каждое направленіе понимало новый принципъ по своему. Реакціонеры толковали эволюцію въ смыслѣ отрицанія коренныхъ перемѣнъ и неизмѣннаго сохраненія т. н. историческихъ устоевъ, т. е. основъ стараго порядка. Въ глазахъ либераловъ и прогрессистовъ эволюціонная точка зрѣнія указывала на необходимость приспособленія раціональныхъ реформъ къ условіямъ объективнаго, стихійнаго процесса развитія общества, которыя познаются путемъ историческаго изученія.

Такимъ образомъ историзмъ былъ провозглашенъ въ качествѣ практическаго и теоретическаго принципа общественной мысли. Построеніе системы естественнаго права перестало считаться теоретическимъ заданіемъ правовѣдѣнія. Наука права всецѣло сосредоточилась на положительномъ правѣ и поставила своею цѣлью установленіе не раціональныхъ, но историческихъ законовъ общежитія. Какъ это всегда бываетъ при смѣнѣ научныхъ направленій, новое направленіе цѣликомъ поглотило научную мысль; въ естественномъ правѣ извѣрились совершенно и выкинули его за бортъ науки, не выяснивъ исчерпывающе вопроса о томъ, не было ли въ старой теоріи элементовъ научно цѣнныхъ и жизнеспособныхъ. Само собою разумѣется однако, что въ дѣйствительности старая теорія не исчезла безслѣдно, и что исконная идея естественнаго права давала о себѣ знать и въ новомъ историческомъ воззрѣніи на право. Всецѣло поглощенная историческимъ принципомъ научная мысль не замѣчала живучести естественноправовой идеи и въ невольныхъ откликахъ ея видѣла лишь архаическія переживанія, осужденныя на окончательное вымираніе. Исторія науки не оправдала такого приговора, и послѣ длительнаго періода абсолютнаго отрицанія естественнаго права привела къ его возрожденію въ послѣднее десятилѣтіе минувшаго столѣтія.

§ 20. ПРОБЛЕМА ЕСТЕСТВЕННАГО ПРАВА СЪ ТОЧКИ ЗРѢНІЯ ПОЗИТИВНОЙ НАУКИ И КРИТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФІИ

R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888; Wirtschaft und Recht, 1896 (2-oe изд. 1906 г.); Die Lehre von dem richtigen Recht, 1902; Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft въ изданіи Hinneberg'a: Kultur der Gegenwart, II. Teil, Bd. VIII, 1906; Р. Штаммлеръ, Задачи права и правовѣдѣнія въ будущемъ, рус. перев. В. А. Краснокутскаго, 1908 (изд. Библіотеки самообразованія); Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922; R. Seilles, École historique et le droit naturel, Revue trim. de droit civil, 1902; J. Charmont, La renaissance du droit naturel, 1910; V. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2-te Aufl., 1909; E. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912; J. Stern, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, 1904; Вл. Соловьевъ, Оправданіе добра, гл. XVII (Собр. сочин., т. VII); В. М. Гессенъ, Возрожденіе естественнаго права, 1902 г.; П. И. Новгородцевъ, Нравственный идеализмъ въ философіи права, въ сборникѣ: «Проблемы идеализма», 1902 г. Современное положеніе проблемы естественнаго права, Юридич. Вѣстникъ, 1913 г., кн. I; Психологическая теорія права и философія естественнаго права, Юридич. Вѣстникъ, 1913, кн. III; І. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, часть I, глава V; П. Г. Виноградовъ, Очерки по теоріи права, главы VIII—IX. Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, 1908—1919, livre II, chap. XIV; François Gény, Science et technique en droit privé positif, tomes I—II, 1914—1915; Georges Ripert, Droit naturel et positivisme juridique, Annales de la Faculté de droit d'Aix, nouvelle série, 1918, № 1; Gaston May, Introduction à la science du droit, 1920.

Съ паденіемъ школы естественнаго права (въ первой четверти XIX столѣтія) восторжествовали въ юридической наукѣ историческое изслѣдованіе и догматическая разработка положительнаго права. Исторія и догматика были признаны основнымъ заданіемъ научной юриспруденціи, а положительное право — ея единственнымъ объектомъ. Особое, казалось бы, направленіе, идущее въ сторону отъ положительнаго права, выпадаетъ на долю политики права, обсуждающей юридическія отношенія съ точки зрѣнія не дѣйствующихъ, но подлежащихъ установленію нормъ (не de lege lata, но de lege ferenda). Однако и политикѣ права привито было стремленіе къ обоснованію ея построеній исключительно на матеріалѣ положительнаго права. Устанавливаемыя историческимъ изслѣдованіемъ тенденціи развитія положительнаго права были признаны въ качествѣ единственнаго критерія для оцѣнки дѣйствующихъ юридическихъ нормъ и для предуказанія путей и формъ дальнѣйшаго правового творчества. Провозглашенъ былъ такимъ образомъ единый лозунгъ, согласно которому правовѣдѣніе объявлено наукой исключительно положительнаго права. Естественное право и гонялось изъ нея безусловно и безпощадно. Такъ какъ въ прежнее время философія права занималась проблемой права естественнаго, то новое направленіе въ XIX столѣтіи поставило своей задачей создать особую философію положительнаго права.

Какъ ни сильно было гоненіе на естественное право, все же не удавалось ни безусловно отдѣлаться отъ послѣдняго, ни окончательно изгнать его изъ научнаго оборота.

Исторія свидѣтельствуетъ, что, хотя концепція естественнаго права существенно мѣнялась, и попытки построенія естественноправовой системы

расходились другъ съ другомъ весьма значительно, иногда по діаметрально противоположнымъ направленіямъ, тѣмъ не менѣе естественноправовыя построенія отражались на развитіи полбжительнаго права, и самая идея естественнаго права неизмѣнно входила въ составъ правосознанія всѣхъ временъ и народовъ. Въ разгарѣ односторонняго пониманія позитивныхъ задачъ правовѣдѣнія, доходившаго до отождествленія научнаго позитивизма съ юридическимъ (см. объ этомъ выше стрн. 37—38) только что приведенные факты игнорировались. Естественное право вычеркивалось и изъ прошлаго, какъ научное заблужденіе. Такого рода игнорированіе идеи естественнаго права, даже какъ факта правосознанія, представляло собою недостатокъ изученія съ точки зрѣнія широко понятой положительной науки. Должно было прійти время, когда недостатокъ этотъ долженъ былъ обнаружиться съ полной очевидностью и наглядностью.

Не могла обойтись безъ естественноправовой идеи политика права. Для рѣшенія политико-правовыхъ задачъ недостаточно было знаніе тенденціи историческаго развитія права. Въ прошломъ и въ настоящемъ коренятся зародыши будущаго самые разнообразные. Поскольку политика права задается цѣлью служить лучшему будущему, она не можетъ ограничиваться однимъ лишь констатированіемъ наличныхъ зародышей, но должна производить имъ оцѣнку, чтобы затѣмъ содѣйствовать полезнымъ всходамъ и устранять разнаго рода плевелы. Для оцѣнки нуженъ критерій. Для политики права такимъ критеріемъ можетъ служить только идея справедливости, т. е. естественноправовая идея. Безъ нея, въ сущности говоря, никогда не обходилась политика права. Только въ эпоху формальнаго абсолютнаго господства науки и философіи положительнаго права естественное право вводилось въ политико-правовыя построенія подсознательно и проникало туда въ видѣ научной контрабанды.

Догматика положительнаго права является, казалось бы, наиболѣе бронированной противъ поползновеній на нее со стороны естественнаго права. Тѣмъ не менѣе и догматика не была на самомъ дѣлѣ свободной отъ элементовъ естественнаго права. Дѣйствующее право, какъ бы оно ни было разработано въ подробностяхъ, не въ состояніи предусмотрѣть всего многообразія жизненныхъ отношеній. Поэтому всегда возможны и на практикѣ дѣйствительно возникаютъ вопросы, на которые не оказывается отвѣта въ положительномъ правовомъ матеріалѣ. Догматика вынуждена восполнять подобные пробѣлы права. Съ этою цѣлью она прибѣгаетъ прежде всего къ аналогіи, т. е. къ распространенію на данный непредусмотрѣнный дѣйствующимъ правомъ случай нормы, разрѣшающей случай подобный. Если не оказывается аналогичной нормы, то догматикъ рѣшаетъ данный случай на основаніи общихъ юридическихъ принциповъ, извлекаемыхъ изъ системы дѣйствующаго права въ ея цѣломъ. Однако, въ дѣйствующемъ правѣ можетъ обнаружиться пробѣлъ такого характера и значенія, что и этотъ послѣдній пріемъ окажется недостаточнымъ. Тогда догматику не остается ничего иного, какъ обратиться къ абстрактной идеѣ справедливости, т. е. къ естественному праву, и изъ него выводить рѣшеніе для даннаго случая. Въ эпоху крайняго теоретическаго господства позитивнаго направленія въ юриспруденціи не допускали ни необходимости, ни возможности обращенія къ естественному праву. Еще въ 20-ыхъ годахъ XIX сто-

лѣтія авторъ популярной юридической энциклопедіи Фалькъ указывалъ, что слѣдуетъ создать изъ извлекаемыхъ изъ положительнаго законодательства принциповъ особое общее ученіе о правѣ (allgemeine Rechtslehre), и, очевидно, полагалъ, что оно будетъ вполнѣ надежнымъ и крайнимъ, прибѣжищемъ для догматической юриспруденціи. Опытъ не оправдалъ однако этой надежды, и къ концу XIX столѣтія пришлось открыто сознаться (ученіе Жени, Юнга), что догматическая юриспруденція бываетъ вынуждена обращаться путемъ интуиціи къ даннымъ разума и совѣсти, т. е. воспринимать элементы естественнаго права. Замѣтимъ, кстати, что въ Англіи догматическая юриспруденція всегда открыто признавала значеніе справедливости (equity), то есть идеи естественнаго права, въ дѣлѣ примѣненія и восполненія положительнаго права.

Мы видимъ, что идея естественнаго права продолжала жить и проявлять свое дѣйствіе и въ эпоху оффиціальнаго, такъ сказать, изгнанія ея изъ научнаго обихода и признанія положительнаго права единственнымъ объектомъ юридической науки. Живучесть идеи вызвала, наконецъ, пересмотръ теоретическаго вопроса объ естественномъ правѣ, приведшій къ возрожденію послѣдняго.

Въ то время, когда прямолинейный и односторонній юристъ-позитивистъ Бергбомъ съ горечью указывалъ на переживанія естественнаго права во всѣхъ областяхъ правовѣдѣнія и собирался отрубить у гибельной, по его мнѣнію, для науки гидры ея отроставшія головы, цѣлый рядъ другихъ ученыхъ, болѣе широко понимавшихъ задачи науки, заговорили о необходимости восполненія положительной юриспруденціи идеей естественнаго права.

Опытъ исторической и позитивной школы отразился на новомъ пониманіи естественнаго права весьма существенно.

Теоретическій кризисъ школы естественнаго права для всѣхъ понятенъ и ясенъ. Никто больше не думаетъ о томъ, чтобы устанавливать механическіе законы общежитія помощью математическаго, дедуктивно-демонстративнаго метода. Не менѣе очевидно для всѣхъ, что подробныя системы, чуть ли не кодексы естественнаго права, которые разрабатывались въ XVII и XVIII столѣтіяхъ, имѣютъ не раціонально-абсолютное, а эмпирически-относительное значеніе, обусловленное временемъ и мѣстомъ ихъ происхожденія. Системы естественнаго права колебались и рушились. Устойчивой и нерушимой оказалась и таковой должна быть признана только самая идея естественнаго права. Въ такомъ именно смыслѣ выдающійся поборникъ естественноправовой идеи Рудольфъ Штаммлеръ въ первомъ изъ своихъ крупныхъ произведеній, посвященныхъ ея возрожденію говоритъ объ естественномъ правѣ съ мѣняющимся содержаніемъ (ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt).

Если содержаніе естественнаго права и измѣнчиво, то все же неизмѣнной остается самая идея естественной справедливости. Спрашивается, на чемъ же основывается объективное признаніе этой идеи. Такъ какъ въ пользу ея объективнаго признанія мы можемъ сослаться только на неизмѣнную ея наличность въ правосознаніи людей, т. е. на доказательство онтологическое, а такое доказательство не достаточно съ точки зрѣнія позитивной науки, то отсюда слѣдуетъ, что обоснованіе идеи естественной

справедливости лежитъ за предѣлами науки. Дѣйствительно мы видимъ, что сторонники естественнаго права обосновываютъ его идею либо на вѣрѣ въ объективность идеи справедливости, либо на метафизическихъ (внѣ- и сверхопытныхъ) предпосылкахъ.

Вѣра въ данномъ случаѣ черпается либо изъ религіознаго источника, либо изъ моральной интуиціи, отдѣляемой отъ религіозныхъ вѣрованій. На религіозной вѣрѣ основываютъ въ новѣйшее время идею естественнаго права, напр., Катрейнъ, Вл. Соловьевъ, кн. Е. Н. Трубецкой, І. В. Михайловскій. Моральную вѣру, свободную отъ религіозной догмы, полагаютъ въ основу объективнаго признанія идеи справедливости Планіоль, Демогъ (Demogues), Жени и цѣлый рядъ другихъ сторонниковъ возрожденія естественнаго права, преимущественно, во французской литературѣ.

Обоснованіе естественнаго права на метафизическихъ предпосылкахъ представлено въ наибольшей и наилучшей степени въ нѣмецкой литературѣ. Несмотря на различіе относящихся сюда ученій, всѣ они такъ или иначе восходятъ къ критической философіи Канта и развились подъ вліяніемъ возрожденія послѣдней, или т. н. неокантіантства (см. выше стрн. 45).

Дѣло, совершенное для ученія объ естественномъ правѣ во второй половинѣ XVIII вѣка Кантомъ, заключалось въ слѣдующемъ. Помощью теоретико-познавательной критики Кантъ вскрылъ всю эмпирическую условность какъ современныхъ ему системъ естественнаго права, такъ и ихъ исходныхъ аксіомъ. Такъ какъ идея добра и справедливости не можетъ быть раціонально обоснована въ предѣлахъ эмпирической услозности, то Кантъ выдвинулъ для ея обоснованія такія метафизическія предпосылки, которыя вытекаютъ изъ формальнаго понятія о нравственности и правѣ, свободны отъ какого бы то ни было эмпирическаго содержанія и потому могутъ служить безусловнымъ основаніемъ для объективнаго признанія идей добра и справедливости. Основными метафизическими предпосылками въ этомъ смыслѣ являются у Канта понятія о категорическомъ характерѣ нравственнаго закона и о моральной свободѣ личности съ подраздѣленіемъ послѣдней на внутреннюю свободу, подъ которой разумѣется способность человѣка опредѣлять себя къ дѣйствію по чистому представленію закона (свобода воли) въ соотвѣтствіи съ категорическимъ императивомъ нравственности, и свободу внѣшнюю, подъ которой разумѣется возможность самаго дѣйствія индивида. Въ гармоническомъ обезпеченіи внѣшней свободы въ соотвѣтствіи съ требованіями свободы внутренней заключается, по Канту, идея справедливости, т. е. идея естественнаго права, являющаяся регулятивной, или нормативной (упорядочивающей, или правилополагающей) идеей для положительнаго права, какъ въ его дѣйствіи, такъ и въ его развитіи.

Школа естественнаго права въ увлеченіи эмпирической задачей практическихъ преобразованій не смогла примѣнить къ себѣ строгой теоретико-познавательной критики, да и самъ Кантъ въ своемъ ученіи о правѣ отдалъ дань эмпирическимъ требованіямъ времени. Теоретическій кризисъ естественнаго права такимъ образомъ предотвращенъ не былъ. Новыя теченія историзма и позитивизма отвергли всякую метафизику, въ томъ числѣ и критически обоснованныя метафизическія предпосылки Канта. Но когда историческія и позитивныя воззрѣнія совершили свой кругъ развитія,

и обнаружилась недостаточность ихъ для нормативнаго изученія общественныхъ явленій, невольно возвратились къ метафизическимъ предпосылкамъ Канта, и проявилось неокантіанское движеніе.

Къ этому движенію примыкаетъ наиболѣе видный представитель теченія въ пользу метафизическаго обоснованія объективнаго признанія идеи естественнаго права Рудольфъ Штаммлеръ. Отправляясь отъ метафизическихъ предпосылокъ Канта, Штаммлеръ признаетъ объективное значеніе естественнаго, или по его терминологіи, правильнаго права (das richtige Recht), подъ которымъ разумѣетъ право, соотвѣтствующее общественному идеалу, каковымъ является для него общежитіе свободноволящихъ людей (Gemeinschaft freiwollender Menschen), т. е. общежитіе, обезпечивающее возможность свободнаго самоопредѣленія личности согласно категорическому императиву нравственнаго закона. Правильное право находится въ такомъ же отношеніи къ положительному, какъ нормальный человѣкъ къ здоровому, правильные часы къ идущимъ часамъ, т. е. правильное право всегда въ извѣстной мѣрѣ осуществляется въ положительномъ, но никогда вполнѣ; вмѣстѣ съ тѣмъ правильное право служитъ теоретическимъ мѣриломъ для критики положительнаго права и дальнѣйшаго его совершенствованія.

Сторонники обоснованія объективнаго признанія идеи естественнаго права на метафизическихъ предпосылкахъ имѣются въ русской наукѣ въ лицѣ П. И. Новгородцева, Б. А. Кистяковскаго, Е. В. Спекторскаго и нѣкоторыхъ другихъ.

Къ чему бы ни сводилось обоснованіе естественноправовой идеи, къ вѣрѣ ли, или къ метафизическому построенію, существеннымъ для естественнаго права признается во всякомъ случаѣ его раціональный характеръ. Естественное право неизмѣнно является разумнымъ правомъ. Вѣра и метафизическія построенія допускаются въ естественномъ правѣ лишь постольку, поскольку они раціональны, т. е. пріемлемы для познающаго разума.

Поэтому вопросъ объ естественномъ правѣ не исчерпывается отнесеніемъ его къ числу субъективныхъ правовыхъ переживаній, не обусловленныхъ внѣшнимъ нормативнымъ фактомъ. Необходимо имѣть всегда въ виду раціональный характеръ естественнаго права. Это именно и упускается изъ виду Л. І. Петражицкимъ, который относительно естественнаго права довольствуется указаніемъ ему мѣста въ области права интуитивнаго, противополагаемаго позитивному праву. Психологическое объясненіе оказывается въ данномъ случаѣ недостаточнымъ и должно быть восполнено выясненіемъ логической природы естественнаго права, выдѣляющей его изъ многообразія субъективныхъ переживаній правосознанія.

Идея естественнаго права не противорѣчитъ широко понятой положительной наукѣ и является необходимымъ ея восполненіемъ. Съ одной стороны, естественное право, какъ извѣстное явленіе общественной жизни, подлежитъ причинному изученію и объясненію; съ другой стороны, — оно привноситъ необходимый въ общественныхъ наукахъ моментъ цѣли (телеологическій), примѣнительно къ которому производится оцѣнка явленій.

Въ процессѣ развитія (эволюціи) общественной жизни не только смѣняются конкретныя явленія, обусловленныя причинной связью, но и вырабатываются абстрактныя моральныя цѣнности, которыя становятся прочнымъ и неизмѣннымъ достояніемъ культуры. Значеніе этихъ моральныхъ цѣнностей не исчерпывается причиннымъ ихъ объясненіемъ; оно выходитъ за предѣлы породившихъ ихъ причинъ, сообщаетъ имъ характеръ безусловности и превращаетъ ихъ въ цѣли дальнѣйшаго развитія. Таково, напр., значеніе индивидуальной свободы. Исторически мы объясняемъ ея происхожденіе, но этимъ не исчерпывается ея значеніе. Порожденная извѣстными конкретными условіями и причинами, индивидуальная свобода становится независимо отъ нихъ опредѣленной моральною цѣнностью, съ точки зрѣнія которой мы затѣмъ оцѣниваемъ самый процессъ развитія. Такія культурныя моральныя цѣнности служатъ источникомъ идеи справедливости, опредѣляющей естественное право.

Въ качествѣ образца культурной моральной цѣнности, служащей источникомъ идеи справедливости, мы привели индивидуальную свободу, имѣя въ виду выставить абсолютное значеніе индивидуализма, подъ знаменемъ котораго развивалась школа естественнаго права XVII—XVIII вѣковъ. Послѣ того, какъ индивидуальное начало достаточно окрѣпло въ государственной жизни, съ половины XIX столѣтія выдвинулся новый вопросъ, — о необходимости устраненія вредныхъ послѣдствій крайняго развитія индивидуализма и о замѣнѣ безпрепятственнаго соревнованія свободной конкуренціи эгоистически настроенныхъ индивидовъ системой упорядоченія общественнаго оборота на началахъ солидарности индивидовъ. Подъ знаменемъ общественной солидарности, какъ новой культурно-моральной цѣнности, восполняющей начало индивидуальной свободы, совершается возрожденіе естественнаго права въ наше время.

Теорія общественной солидарности учитываетъ и общественныя, и индивидуальныя потребности и стремится къ тому, чтобы установить равновѣсіе между индивидуальнымъ и общественнымъ началомъ. Вслѣдствіе обнаружившихся вредныхъ послѣдствій односторонняго и крайняго индивидуализма, доктрина общественной солидарности первоначально направила всѣ свои усилія на обузданіе индивидуализма. Произведенный большевиками въ Россіи опытъ соціализаціи наглядно показалъ, что отрицаніе индивидуальнаго начала, отрицаніе свободы личности приводитъ государство и общество къ гибели. Абсолютная культурная цѣнность свободы личности вновь нашла себѣ подтвержденіе. У доктрины общественной солидарности остается ея постоянная задача, заключающаяся въ томъ, чтобы безпристрастно опредѣлять равновѣсіе между общественнымъ цѣлымъ и его частями, т. е. между обществомъ и индивидами, изъ которыхъ ни одинъ не можетъ существовать безъ общества, но всякій есть не только средство для общества, но и цѣль для себя и въ себѣ.

Р.С.Ф.С.Р. ИНСТИТУТ К. МАРКСА и Ф. ЭНГЕЛЬСА В. Ц. И. К.

ГЛАВА VI. ПРАВО ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ

Общепринято дѣленіе права на публичное и частное. Къ частному праву относятъ семейственныя и имущественныя отношенія, къ публичному — всѣ остальныя отрасли права. Имѣется въ наукѣ цѣлый рядъ попытокъ раціонализаціи этого, въ сущности, историческаго дѣленія права. Намъ необходимо познакомиться съ важнѣйшими изъ нихъ, съ тѣмъ чтобы выяснить себѣ сущность указаннаго дѣленія.

§ 21. ДѢЛЕНІЕ ПРАВА НА ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ ПО РАЗЛИЧІЮ СВОЙСТВЪ ОБЪЕКТИВНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НОРМЫ

R. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, выпускъ III, глава IX; Леонъ Дюги, Конституціонное право. Общая теорія государства, русск. перев., 1908, введеніе; Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, томъ II, изд. 2-ое, §§ 46—50; І. А. Покровскій, Основныя проблемы гражданскаго права, 1916, глава I.

Въ первую очередь разсмотримъ теоріи, которыя пытаются вывести раціональное дѣленіе права на публичное и частное изъ различія свойствъ объективной юридической нормы. Сюда относятся: 1) взглядъ на публичное право, какъ на средство позитивації и обособленія правопорядка; 2) дѣленіе права на публичное и частное по различію общаго и частнаго интересовъ, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи; 3) дѣленіе права на публичное и частное съ точки зрѣнія способовъ правовой санкціи; 4) дѣленіе права на публичное и частное по различію видовъ мотивації личности къ соціальному поведенію и двухъ системъ правового психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ. Разсмотримъ указанныя теоріи въ приведенномъ порядкѣ.

I. Взглядъ на публичное право какъ на средство повитивації и обособленія правопорядка проводится Штаммлеромъ.

Штаммлеръ исходитъ изъ индивидуалистическаго воззрѣнія на право и потому цѣль права полагаетъ въ обезпеченіи свободнаго самоопредѣленія личности. Принимая затѣмъ въ соображеніе, что положеніе индивида опредѣляется преимущественно въ частномъ правѣ, а публичное право опредѣляетъ преимущественно государственный строй, Штаммлеръ въ соотвѣт-

ствіи со своимъ основнымъ и исходнымъ воззрѣніемъ признаетъ частное право основнымъ правопорядкомъ, а публичное, такъ сказать, дополнительнымъ. Задача публичнаго права лежитъ не внутри, а во внѣшнемъ положеніи правопорядка. Публичное право призвано обезпечивать позитивацію основного правопорядка, т. е. частнаго права, содѣйствовать его внутреннему замкнутому единству и обособлять его отъ другихъ правопорядковъ, существующихъ наряду съ нимъ. Публичное право разсматривается такимъ образомъ только какъ средство обособленія частнаго права въ замкнутую и самостоятельную систему положительнаго права, дѣйствующую въ данномъ общественномъ союзѣ, — въ государствѣ.

Изложенный взглядъ на публичное право не можетъ быть принятъ какъ по причинамъ принципіально-теоретическаго характера, такъ и въ виду прямого противорѣчія его даннымъ положительнаго права. Съ точки зрѣнія принципіальной никакъ нельзя признать правильнымъ ученія объ исключительно служебной функціи государства по отношенію къ личности. Государство и индивидъ представляютъ собою два равносильныхъ начала общежитія, которыя стремятся къ установленію между собою равновѣсія, и между которыми право проводитъ нѣкоторую равнодѣйствующую линію. Данныя положительнаго права свидѣтельствуютъ, что публичное право опредѣляетъ взаимноотношенія между индивидомъ и властью и, слѣдовательно, служитъ не внѣшней только сторонѣ правопорядка въ смыслѣ его обособленія, но и внутренней его сторонѣ, каковой Штаммлеръ считаетъ обезпеченіе самоопредѣленія личности. Нельзя вѣдь отрицать, что субъективныя публичныя права, какъ права на свободу отъ воздѣйствія власти и на участіе въ послѣдней, служатъ самоопредѣленію личности не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ права семейственныя и имущественныя.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по *различію общаго и частнаго интересовъ*, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи, восходитъ къ римской юриспруденціи и потому можетъ быть названо классическимъ. Оно было впервые установлено въ извѣстномъ опредѣленіи Ульпіана: Huius studii (sc. studii iuris) duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

Частный и общій интересы настолько переплетены и слиты въ правѣ, что невозможно ихъ въ немъ отдѣлить другъ отъ друга, и тѣмъ менѣе возможно по ихъ противоположенію отличать частное право отъ публичнаго. Юридическія нормы, регулирующія собственность и имущественные договоры, относятся къ частному праву; никто однако не скажетъ, что цѣлью ихъ являются не общіе, а только частные интересы. Съ другой стороны, публичноправовая норма, обезпечивающая неприкосновенность частнаго жилища, имѣетъ отношеніе не только и не столько къ состоянію государства, какъ и сколько къ выгодѣ частныхъ лицъ. Наконецъ, не слѣдуетъ забывать, что имущественныя отношенія казны (фиска), т. е. того же государства, но только разсматриваемаго какъ субъектъ имущественныхъ отношеній, входятъ въ составъ частнаго, а не публичнаго права, хотя и преслѣдуютъ не частный интересъ отдѣльнаго лица, а общій всему государству интересъ.

Не смотря на очевидную недостаточность, классическое опредѣленіе Ульпіана до сихъ поръ находитъ многочисленныхъ сторонниковъ и въ самое послѣднее время воспроизводится въ русской литературѣ Шершеневичемъ, который опредѣляетъ частное право какъ сферу «моего», господство эгоизма, и характеризуетъ публичное право, какъ регламентацію «отношеній за стѣнами дома», какъ сферу солидарности, альтруизма. Не слѣдуетъ забывать, что общая задача права, какъ частнаго, такъ и публичнаго, заключается въ уравновѣшеніи началъ эгоизма и альтруизма, и что вообще право не можетъ ограничиваться сферой «моего», такъ какъ исходнымъ пунктомъ всякаго права является признаніе чужого «я».

III. По различію способовъ правовой санкціи дѣлитъ право на публичное и частное — Дюги.

Нормы частнаго права, учитъ Дюги, снабжены санкціей; нормы публичнаго права лишены правовой санкціи по отношенію къ государству, которое, напротивъ того, пользуется привилегіей предварительнаго исполненія по отношенію ко всѣмъ лицамъ.

Ученіе Дюги не можетъ быть принято, такъ какъ оно, съ одной стороны, неправильно конструируетъ отношенія публичнаго права, съ другой стороны — недостаточно различаетъ положеніе государства въ публичноправовыхъ и частноправовыхъ отношеніяхъ. Дѣйствительно, по отношенію къ государству нѣтъ и не можетъ быть правовой санкціи, но въ ней нѣтъ и надобности, такъ какъ государство, какъ таковое, какъ юридическое лицо, не можетъ нарушать юридическихъ нормъ. Послѣднія въ дѣйствительности нарушаются отдѣльными органами государственной власти, по отношенію къ которымъ правовая санкція существуетъ и дѣйствуетъ. Правда, внѣ санкціи находятся верховные органы государственной власти, но въ этомъ отношеніи положеніе ихъ одинаково какъ въ публичномъ, такъ и въ частномъ правѣ. Точно также и привилегіей предварительнаго исполненія государство пользуется одинаково какъ въ публичномъ правѣ (напр., при взысканіи недоимокъ по уплатѣ податей), такъ и въ частномъ (напр., при взысканіи неустойки по казенному поряду).

IV. Своеобразное ученіе о дѣленіи права на публичное и частное развиваетъ Л. І. Петражицкій, отправляясь отъ различія двухъ видовъ мотивації, къ которымъ прибѣгаютъ юридическія нормы, и соотвѣтствующихъ имъ двухъ системъ «правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ».

Цѣли общежитія достигаются, учитъ Л. І. Петражицкій, помощью двоякаго рода системы «правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ»: 1) децентрализованной съ самостоятельной мотивацією, и 2) централизованной, организованной, или, если угодно, соціалистической. Это значитъ, что при первой системѣ нѣтъ, централизованнаго властнаго управленія человѣческимъ поведеніемъ, дѣятельность обусловливается свободной иниціативой индивидовъ, и собственная выгода послѣднихъ признается и оказывается достаточнымъ мотивомъ для побужденія ихъ къ дѣятельности и достаточнымъ обезпеченіемъ противъ вреднаго и гибельнаго недѣланія; при второй системѣ дѣятельность подчинена единому

централизованному направленію и управленію со стороны власти; побужденіемъ къ этого рода дѣятельности является принудительное требованіе, предъявляемое индивиду властью. Такъ, нпр., имущественный оборотъ организованъ по первой системѣ, а военная оборона страны — по второй.

Двѣ указанныхъ системы «правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ» лежатъ въ основѣ двухъ правовыхъ системъ: 1) лично-свободнаго права, и 2) права соціальнаго служенія, противоположеніемъ которыхъ Л. І. Петражицкій замѣняетъ историческое дѣленіе права на частное и публичное.

Право соціальнаго служенія обнимаетъ всѣ соціальныя организаціи, какъ общую, — государственную, такъ и всякаго рода спеціальныя организаціи, къ каковымъ Л. І. Петражицкій относитъ и семью, и домоводство (отношеніе къ домашнимъ слугамъ, гувернанткамъ и т. п.). Лично-свободное право, иначе право свободное отъ соціальнаго служенія, или право соціальной децентрализаціи, подраздѣляется на два вида: 1) право между самостоятельными соціальными группами, нпр., — современное международное, или точнѣе, междугосударственное право; 2) соотвѣтственное право внутри соціальныхъ группъ, — внутреннее, или междуиндивидуальное право; оно можетъ быть внутригосударственное, внутриродовое и т. п.

Исходное положеніе Л. І. Петражицкаго о различіи двухъ системъ «правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ» несомнѣнно подмѣчаетъ вѣрный фактъ, къ которому можетъ быть пріурочено дѣленіе права на публичное и частное. Дѣйствительно, публичное право служитъ цѣлямъ властно организованнаго, централизованнаго, въ извѣстномъ смыслѣ коллективистическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ; напротивъ того, частное право расчитано на свободную дѣятельность индивидовъ по ихъ собственному почину; этимъ объясняется прецептивный характеръ публичноправовыхъ нормъ и весьма значительное, за немногими изъятіями, преобладаніе въ частномъ правѣ нормъ диспозитивныхъ. Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что при установленіи дѣленія права на частное и публичное свобода самоопредѣленія къ дѣятельности и централизованное управленіе послѣдней мыслятся по отношенію и примѣнительно не ко всякой соціальной организаціи, общей и спеціальной, а только общей, каковою является государство. Это обстоятельство упущено изъ виду Л. І. Петражицкимъ, вслѣдствіе чего у него въ области публичнаго права очутилось и семейственное право, и несуществующее въ качествѣ особаго юридическаго института право домоводства. Государство устанавливаетъ путемъ прецептивной нормы только форму единобрачной семьи, самое же заключеніе брака и основаніе семьи, а также управленіе ею предоставляются личной иниціативѣ и личному самоопредѣленію по системѣ децентрализаціи, выражаясь терминами Л. І. Петражицкаго. Вотъ почему семейственное право относится къ частному праву, хотя и было время, когда оно носило публичный характеръ. Что касается права домоводства, то таковое исчезло съ паденіемъ вотчиннаго права и права крѣпостного съ ихъ переживаніями. Тѣ услуги, которыя требуются для домоводства, не выдѣляются современнымъ правомъ изъ общаго объема услугъ, могущихъ быть объектомъ личнаго найма по договору, въ какой либо особый институтъ и регламентируются частнымъ правомъ.

Вслѣдствіе расширенія понятія публичности, пріуроченной въ положительномъ правѣ къ государству, за предѣлы послѣдняго, схема Л. І. Петражицкаго не соотвѣтствуетъ исторически сложившемуся положенію дѣла. Л. І. Петражицкій знаетъ это и даже подчеркиваетъ, какъ особое логическое преимущество своей схемы. Слѣдованіе фактамъ, напротивъ того, вмѣняется Л. І. Петражицкимъ въ вину общепринятому дѣленію права на публичное и частное. «Главные пороки» общепринятаго дѣленія, по отзыву Л. І Петражицкаго, «состоятъ въ томъ, что междугосударственное право отнесено къ публичному праву вмѣстѣ съ правомъ государственной организаціи, и что право семейственной организаціи (и опеки) отнесено къ частному праву. Этимъ постороннимъ придаткамъ слѣдуетъ помѣняться мѣстами» (т. II, изд. 2-ое, с. 740). Не отрицая въ схемѣ Л. І. Петражицкаго логической стройности, мы не должны упускать изъ виду, что дѣленіе права на публичное и частное представляетъ собою не раціональное построеніе, а историческое образованіе. Отсюда слѣдуетъ, что оно требуетъ истолкованія примѣнительно къ сложившемуся положенію дѣла, а не исправленій во имя логической стройности.

§ 22. ДѢЛЕНІЕ ПРАВА НА ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ ПО РАЗЛИЧІЮ СВОЙСТВЪ ЭЛЕМЕНТОВЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОТНОШЕНІЯ

Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, выпускъ III, глава IX и X; G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 2-oe изд., 1905 г.; Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, книга II, глава III; К. Д. Кавелинъ, Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы? 1864 г.; A. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd.; Andreas Voigt, Wirtschaft und Recht, 1911.

Неудачныя попытки объяснить дѣленіе права на публичное и частное со стороны различныхъ свойствъ объективной юридической нормы заставляютъ насъ обратиться къ разсмотрѣнію тѣхъ истолкованій названнаго дѣленія, которыя отправляются отъ различія свойствъ элементовъ юридическаго отношенія. Среди нихъ мы найдемъ правильное, думается намъ, рѣшеніе вопроса.

I. Существуетъ мнѣніе, высказанное въ новѣйшее время Г. Ф. Шершеневичемъ, согласно которому публичное и частное право отличаются другъ отъ друга различнымъ составомъ элементовъ юридическаго отношенія.

Составъ частноправовыхъ отношеній — четырехчленный, — субъектъ, объектъ, обязанность и притязаніе. Что же касается права публичнаго, то обнимаемыя имъ юридическія отношенія не знаютъ, по мнѣнію Шершеневича, притязанія и ограничены трехчленнымъ составомъ изъ субъекта, объекта и обязанности. Въ публичномъ правѣ нѣтъ никакихъ субъективныхъ правъ, и все сводится къ обязанностямъ агентовъ власти. Государство вообще не субъектъ права. Выступая въ качествѣ субъекта имущественныхъ отношеній въ частномъ правѣ, какъ казна, государство, по словамъ Шершеневича, притворяется, что оно субъектъ (III, 544).

Утвержденіе Шершеневича о трехчленномъ составѣ публично-правовыхъ отношеній безусловно не правильно и потому должно быть отвергнуто самымъ рѣшительнымъ образомъ. Юридическихъ обязанностей безъ соотвѣтствующихъ имъ притязаній вообще быть не можетъ, нѣтъ таковыхъ и въ публичномъ правѣ. Въ публичномъ правѣ не можетъ быть все сведено къ обязанностямъ агентовъ власти, такъ какъ, во первыхъ, существуютъ еще публичноправовыя обязанности гражданъ (забывать о чемъ болѣе чѣмъ странно), и, во вторыхъ, тѣмъ и другимъ обязанностямъ соотвѣтствуютъ опредѣленныя притязанія. Притязанія эти принадлежатъ государству, какъ юридическому лицу, и, благодаря іерархической организаціи государственнаго строя, предъявляются и осуществляются высшими органами по отношенію къ низшимъ. Только по отношенію къ верховнымъ органамъ нѣтъ высшаго органа, который могъ бы предъявить имъ требованіе исполнить обязанность по отношенію къ государству, вслѣдствіе чего юридическія обязанности верховныхъ органовъ предъ государствомъ лишены того понужденія къ исполненію, которое создается предъявленіемъ притязанія. Обязанности органовъ власти предъ государствомъ сопровождаются соотвѣтственными притязаніями ихъ къ подвластнымъ и въ свою очередь порождаютъ извѣстныя притязанія на сторонѣ послѣднихъ. Органы власти надѣлены притязаніемъ на закономѣрное повиновеніе подвластныхъ. Подвластные обязаны закономѣрнымъ повиновеніемъ по отношенію къ органамъ власти и въ свою очередь могутъ притязать на то, чтобы съ нихъ не требовали большаго, чѣмъ къ тому уполномочиваетъ агента власти возложенная на него закономъ обязанность.

Пояснимъ сказанное примѣромъ. Наступаетъ срокъ уплаты квартирнаго налога. Какія отношенія публичноправового характера это вызываетъ? По Шершеневичу, все сводится къ обязанности агента власти взыскать налогъ. Этимъ однако дѣло, само собою разумѣется, не исчерпывается. Агентъ власти несетъ указанную обязанность по отношенію къ государству, которое въ лицѣ высшихъ органовъ податного управленія предъявляетъ свое притязаніе къ низшимъ его органамъ. Исполнительный агентъ власти надѣленъ соотвѣтственнымъ публичноправовымъ притязаніемъ по отношенію къ гражданамъ, обложеннымъ по закону квартирнымъ налогомъ. Послѣдніе обязаны уплатить налогъ и въ то же время надѣляются притязаніемъ къ органамъ власти на то, чтобы съ нихъ взыскивали налогъ въ тѣхъ размѣрахъ, въ тотъ срокъ и въ той формѣ, какіе установлены закономъ.

II. Не сомнѣваясь въ томъ, что притязанія точно такъ же входятъ въ составъ публичноправовыхъ отношеній, какъ и частноправовыхъ, Георгъ Іеллинекъ въ спеціальномъ трудѣ, посвященномъ установленію системы публичныхъ субъективныхъ правъ, усматриваетъ признакъ, по которому право дѣлится на публичное и частное, въ различномъ характерѣ притязаній въ томъ и въ другомъ.

Отправляясь отъ противоположенія понятій, выражаемыхъ глаголами dürfen (смѣть) и können (мочь), изъ которыхъ первое обозначаетъ моральную, а второе фактическую возможность волевого дѣйствія, Іеллинекъ полагаетъ, что къ указанному противоположенію сводится различіе част-

ныхъ и публичныхъ субъективныхъ правъ. Частныя субъективныя права предоставляютъ лишь моральную возможность содѣянія того, что фактически было возможно сдѣлать и безъ спеціальнаго установленія юридической нормы, нпр., человѣкъ имѣетъ фактическую возможность вступить въ бракъ, отправлять за плату домашнія услуги въ пользу другого лица, покупать, продавать; гражданскіе законы о бракѣ и о договорахъ не создаютъ здѣсь фактической возможности, а лишь снабжаютъ ее возможностью моральной. Напротивъ того, субъективныя публичныя права предоставляютъ лицу не только моральную, но и самую фактическую возможность извѣстнаго поведенія; нпр., фактическая возможность обращенія къ суду за защитою или участія въ выборахъ въ парламентъ возникаетъ одновременно съ моральною возможностью только въ силу установленія послѣдней соотвѣтственною нормою публичнаго права.

Приведенное различіе основано на недоразумѣніи. Неразрывность фактической и моральной возможности поведенія такая же въ частномъ правѣ, какъ и въ публичномъ. При отсутствіи гражданскаго правопорядка опредѣленнаго типа, нѣтъ ни моральной, ни фактической возможности совершенія того, что мы теперь понимаемъ подъ частноправовой сдѣлкой со всѣми ея послѣдствіями. При отсутствіи соотвѣтственныхъ юридическихъ нормъ нѣтъ ни брака, ни купли-продажи, ни найма, какъ нѣтъ и парламентскихъ выборовъ. Все дѣло лишь въ томъ, что гражданскій правопорядокъ настолько давно уже установленъ въ своихъ основахъ, что основанное на немъ поведеніе представляется чѣмъ то неотдѣлимымъ отъ нашей личности, входящимъ въ составъ ея фактической мощи. Между тѣмъ организація публичноправового строя гораздо новѣе, и въ основанномъ на немъ поведеніи людей легче видѣть какъ бы нѣкоторый моральный придатокъ къ природной мощи индивида. На самомъ дѣлѣ проводить подобное различіе было бы не основательно.

III. Н. М. Коркуновымъ сдѣлана была попытка объяснить дѣленіе права на публичное и частное р а з л и ч і е м ъ с п о с о б о в ъ и с п о л ь з о в а н і я о б ъ е к т а для удовлетворенія разграничиваемыхъ правомъ интересовъ въ той и другой области. Въ частномъ правѣ использованіе объекта съ указанною цѣлью достигается, учитъ Коркуновъ, путемъ подѣленія объекта въ частное обладаніе по частямъ (различіе моего и твоего); въ публичномъ правѣ то же достигается путемъ приспособленія объекта къ общему пользованію. Примѣромъ можетъ служить противоположеніе частной и публичной дороги, частнаго и публичнаго сада.

Какъ правильно замѣтилъ Л. І. Петражицкій, идея заимствована Коркуновымъ изъ римскаго ученія о вещахъ, частныхъ и предназначенныхъ для общественнаго пользованія (res privatae, res publico usui destinatae). Указанное дѣленіе вещей распространено Коркуновымъ на всю область права. Правильно ли такое распространеніе? Полагаемъ что нѣтъ, и именно потому, что указанное дѣленіе, расчитанное на матеріальныя вещи (res corporales), непримѣнимо къ нематеріальнымъ объектамъ. Возьмемъ, нпр., право неприкосновенности жилища, избирательное право, или право на свободу вѣроисповѣданія, и спросимъ, что же, — объектъ этихъ правъ

подѣленъ въ частное обладаніе или приспособленъ къ общему пользованію? Врядъ ли на этотъ вопросъ можетъ быть данъ отвѣтъ вразумительный.

IV. Въ видахъ приданія разсматриваемому дѣленію права логической стройности издавна уже проявлялось стремленіе ограничить область частнаго права имущественными отношеніями, для чего приходилось исключить изъ нея семейственное право, по крайней мѣрѣ, ту его часть, которая регулируетъ личныя отношенія между членами семейственнаго союза. Такого рода мысль высказывалась еще въ XVII вѣкѣ германскимъ юристомъ Паурмейстеромъ; онъ включалъ въ область частнаго права только тѣ отношенія, которыя представляютъ частную выгоду, поддающуюся денежной оцѣнкѣ[1]. Ту же мысль проводятъ въ половинѣ прошлаго столѣтія Бекингъ, Кавелинъ и въ наше время Зомъ.

Кавелинъ указываетъ, что въ принятомъ составѣ частнаго права нѣтъ внутренняго единства: личныя семейственныя отношенія и отношенія имущественныя не имѣютъ между собою ничего общаго и по существу разнородны. Составъ частнаго права образовался случайно въ процессѣ рецепціи римскаго права. Изъ Corpus iuris civilis западно-европейскіе народы заимвали только то, что было примѣнимо къ условіямъ ихъ жизни. Примѣнимыми оказались только нормы, регулирующія семейственныя и имущественныя отношенія частныхъ лицъ. Ихъ восприняли и въ силу единства источника заимствованія образовали изъ нихъ механически единую систему частнаго права. На самомъ дѣлѣ личныя отношенія членовъ семейственнаго союза опредѣляютъ состояніе лица и поэтому должны быть отнесены къ публичному праву, которое вообще опредѣляетъ состояніе лицъ, т. е. положеніе ихъ въ общественномъ союзѣ, особымъ видомъ котораго является союзъ семейственный. Въ области частнаго права должны быть оставлены только семейственно-имущественныя отношенія. Сверхъ того въ область частнаго права слѣдуетъ перенести тѣ публичноправовыя отношенія, которыя имѣютъ имущественный характеръ. Таковы, по мнѣнію Кавелина, отношенія между государствомъ и подданными по взиманію и уплатѣ податей, а также отношенія между государствомъ и чиновниками по выдачѣ имъ жалованья.

Приведенная схема страдаетъ недостаткомъ, который уже отмѣчался нами выше, именно, — она не даетъ удовлетворительнаго объясненія исторически сложившемуся дѣленію и вмѣсто этого исправляетъ послѣднее, стремясь придать ему бо́льшую логическую стройность и выдержанность. Вслѣдствіе измѣненія самой задачи, которую слѣдуетъ ставить себѣ по данному вопросу, указанная теорія должна быть отвергнута. Исторически сложившійся составъ частнаго права объясняется вовсе не объемомъ заимствованій изъ Corpus iuris civilis, а тѣмъ взаимоотношеніемъ, которое установилось въ правовой жизни между государственной властью и личностью, о чемъ намъ придется говорить ниже.

---

[1] Paurmeister, De iurisdictione, ed. II, 1616, lib. I, cap. XIII, num. 3, p. 161—162; Civilis iurisdictio, quae ad commodum privatum vel causas pecuniaras pertinet . . .

V. Въ послѣдней четверти XIX столѣтія Тонъ обратилъ вниманіе на судебную защиту юридическихъ отношеній и въ различіи способовъ этой защиты усмотрѣлъ основаніе для дѣленія права на публичное и частное. Публичныя права подлежатъ защитѣ по иниціативѣ органовъ власти, частныя — по иниціативѣ заинтересованныхъ частныхъ лицъ. Въ русской литературѣ проводилъ это ученіе Муромцевъ. Ученіе это не соотвѣтствуетъ фактамъ. Вѣрно въ немъ лишь то, что частныя права защищаются по иниціативѣ частныхъ лицъ. Но утвержденіе, будто всѣ публичныя права защищаются по иниціативѣ органовъ власти, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Субъективныя публичныя права гражданъ на участіе во власти (напр. избирательное право) или на свободу отъ воздѣйствія власти (напр. свобода передвиженія, свобода вѣроисповѣданія) защищаются по иниціативѣ частныхъ заинтересованныхъ лицъ и притомъ обычно противъ органовъ власти.

VI. Переходимъ, наконецъ, къ тѣмъ ученіямъ, которыя пріурочиваютъ дѣленіе права на публичное и частное къ различію свойствъ субъектовъ юридическихъ отношеній въ той и въ другой области. Мы поставили названныя ученія на послѣднее мѣсто, такъ какъ среди нихъ намъ удастся найти указаніе для правильнаго, думается намъ, рѣшенія занимающаго насъ вопроса.

Наиболѣе точно формулированнымъ выраженіемъ ученій этого типа можетъ служить опредѣленіе Бирлинга, согласно которому публичное право обнимаетъ юридическія отношенія между подданными соотвѣтственному праву и цѣлымъ (государствомъ), мыслимымъ какъ нѣчто единое, а частное право — юридическія отношенія этихъ подданныхъ, отдѣльныхъ членовъ подлежащаго правового союза, между собою.

Это опредѣленіе отмѣчаетъ существенный признакъ всякаго публичнаго правоотношенія, именно, наличность на одной сторонѣ его государства. Но при этомъ опредѣленіи Бирлингъ упускаетъ изъ виду то обстоятельство, что существуютъ и частноправовыя отношенія, однимъ изъ субъектовъ которыхъ выступаетъ государство, какъ казна, т. е. носитель имущественныхъ интересовъ. Этотъ пробѣлъ необходимо восполнить. Вмѣстѣ съ тѣмъ надлежитъ точно оговорить, что въ качествѣ субъекта публичноправовыхъ отношеній государство выступаетъ всегда въ качествѣ носителя принудительной власти. Сдѣлавъ необходимыя дополненія, мы можемъ различать публичное и частное право по слѣдующему признаку: публичными признаются всѣ тѣ юридическія отношенія, однимъ изъ субъектовъ которыхъ является государство (чрезъ своихъ органовъ) со специфическимъ своимъ характеромъ носителя принудительной власти; частными признаются тѣ отношенія, въ которыхъ государство отсутствуетъ въ качествѣ субъекта, или же выступаетъ на одной сторонѣ отношенія, но лишь какъ носитель имущественныхъ интересовъ (фискъ, казна).

§ 23. БЛИЖАЙШІЙ СОСТАВЪ ЧАСТНАГО И ПУБЛИЧНАГО ПРАВА И ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ИХЪ ВЗАИМООТНОШЕНІЯ

O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd., 1895; F. Fleiner, Ueber die Umbildung der civilrechtlichen Institute durch das öffentliche Recht, 1906; K. Hirsch, Grenzfragen des öffentlichen und privaten Rechts, 1907, В. Н. Лешковъ, Русскій народъ и государство. Исторія русскаго общественнаго права до XVIII вѣка, 1858; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, выпускъ III; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III. Bd., 1906, § 23; Н. Н. Голубевъ, Значеніе теоріи общественнаго права для науки административнаго права, Юридическія Записки, кн. XXI, 1914; Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 5 Bände, 1913—1915; Karl Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1904; Paul Hinnenberg, Systematische Rechtswissenschaft („Kultur der Gegenwart", Teil II, Abt. 8), 1906; A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. I. Die theoretische Grundlegung, 1920, § 15; Gaston May, Introduction à la science du droit, 1920 leçons V—VIII.

Въ составъ частнаго права входятъ отношенія семейственныя и имущественныя. Семейственное право опредѣляетъ какъ личныя, такъ и имущественныя отношенія между членами семейственнаго союза (супругами, родителями и дѣтьми). Имущественныя отношенія распадаются на вещныя, обязательственныя и наслѣдственныя. Вещное право опредѣляетъ юридическій порядокъ обладанія вещами, обязательственное право — обязательства, возникающія по закону, договору или вслѣдствіе нарушенія права, наслѣдственное право — судьбу имущества послѣ смерти собственника.

Частное право (ius privatum, Privatrecht, droit privé) называется также гражданскимъ (ius civile, Civilrecht v. Bürgerliches Recht, droit civil). Подъ гражданскимъ правомъ римляне понимали все свое положительное право. Въ процессѣ рецепціи римскаго права терминъ этотъ былъ истолкованъ въ болѣе узкомъ смыслѣ и пріуроченъ къ праву частному, въ виду того, что послѣднее составило главный предметъ заимствованія изъ Corpus iuris civilis.

Въ области частнаго права выдѣлилось въ особую разновидность торговое право, которое обнимаетъ собою частноправовыя имущественныя отношенія въ ихъ спеціальномъ приложеніи къ торговлѣ. Основаніемъ для историческаго обособленія торговаго права послужили, съ одной стороны, сословная обособленность торговаго класса въ прежнее время, съ другой стороны, профессіональныя особенности торговаго оборота. Такимъ образомъ частное право подраздѣляется на гражданское и торговое.

Публичное право подраздѣляется на нѣсколько отраслей: 1) государственное право опредѣляетъ организацію государственной власти и отношеніе между властью и гражданами; 2) административное право — предметы, задачи и формы управленія; 3) финансовое право — государственные доходы и расходы; 4) уголовное право — преступленія и налагаемыя за нихъ наказанія; 5) судебное право — судоустройство и судопроизводство съ подраздѣленіемъ ихъ на гражданское, торговое, уголовное и административное.

Международное право опредѣляетъ, съ одной стороны, взаимныя отношенія между государствами, съ другой, — положеніе отдѣльныхъ лицъ въ международномъ оборотѣ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ оно дѣлится на публичное и частное.

Церковное право въ современномъ его пониманіи обнимаетъ собою какъ юридическія нормы, установленныя церковью (каноны, откуда названіе каноническаго права и другіе виды церковнаго законодательства и правотворенія), такъ и юридическія нормы, которыми государственная власть опредѣляетъ положеніе церкви въ государствѣ. Церковное право подраздѣляется на публичное и частное, причемъ опредѣляющимъ это дѣленіе признакомъ является наличность въ юридическомъ отношеніи церковной власти въ качествѣ одного изъ субъектовъ. Такого рода параллелизмъ церковнаго права праву свѣтскому объясняется своеобразными историческими условіями развитія церкви, какъ общественной организаціи особаго значенія.

Дѣленіе права на публичное и частное отнюдь не имѣетъ постояннаго характера на всемъ протяженіи исторіи. Напротивъ того, раздѣльная грань между этими двумя областями права подвижна. Она передвигалась и передвигается то въ ту, то въ другую сторону въ зависимости отъ мѣняющагося положенія начала личности и начала власти въ человѣческомъ общежитіи. Въ теченіе долгаго историческаго времени правовое положеніе личности опредѣлялось исключительно служеніемъ ея власти; выдѣленіе извѣстной сферы свободы личности отъ прямого воздѣйствія власти и установленіе системы юридическихъ отношеній, въ которыя власть не вступала бы со своимъ подавляющимъ личность авторитетомъ, явилось результатомъ длительнаго историческаго процесса. Это съ одной стороны. Съ другой стороны, самая власть являлась юридически личнымъ достояніемъ ея обладателей и только путемъ послѣдовательнаго и долгаго историческаго процесса приняла форму обобществленія, соотвѣтствующую объективной задачѣ ея въ общежитіи. Указанный процессъ выясняется полностью при спеціальномъ изученіи исторіи права и государства. Въ общемъ ученіи о правѣ мы ограничимся частичной его иллюстраціей.

Обращаясь къ современной системѣ частнаго права, слагающейся изъ семейственныхъ и имущественныхъ отношеній, мы должны указать, что далеко не всегда они были свободны отъ прямого участія государственной власти, но, напротивъ того, отмѣчались въ большей или меньшей степени публичнымъ характеромъ. Заключеніе брака не было представлено свободному самоопредѣленію личности и находилось подъ прямымъ воздѣйствіемъ и контролемъ власти. Объ этомъ краснорѣчиво свидѣтельствуютъ какъ то обстоятельство, что свобода устройства брачной судьбы дѣтей включалась въ число дворянскихъ вольностей (напр., по шляхетскимъ привилегіямъ въ Польшѣ), такъ и сохранявшіяся долго брачныя пошлины (напр., въ Московскомъ государствѣ). Требуемое и теперь для вступленія въ бракъ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, разрѣшеніе начальства представляетъ собою пережитокъ публичной квалификаціи частнаго права. Въ теченіе всего времени, покуда землевладѣніе было связано съ ратной службой государству, оно носило публичный характеръ: во всѣ

юридическія отношенія, вытекавшія изъ поземельнаго оборота, вступало государство со своей принудительной властью.

Если теперь отъ частнаго права обратимся къ публичному, то увидимъ, что многія его установленія носили раньше съ современной точки зрѣнія частноправовой характеръ. Власть надъ населеніемъ была неразрывно связана съ привилегированнымъ землевладѣніемъ, разсматривалась какъ функція послѣдняго. Такую власть называютъ патримоніальной, или вотчинной. Вотчинный характеръ носила не только власть отдѣльныхъ вотчинниковъ надъ населеніемъ ихъ земель, но и власть государей надъ всѣмъ государствомъ, которое разсматривалось какъ вотчина государева. Управленіе и судъ являлись тогда не болѣе, какъ проявленіемъ вотчиннаго хозяйства. Съ теченіемъ времени власть проникласъ идеей общественнаго служенія и стала пріобрѣтать такимъ образомъ общественный, публичный характеръ. Все же различныя вотчинныя переживанія власти сохранялись. Только съ допущеніемъ народа къ участію во власти, съ установленіемъ народнаго представительства, произошло то обобществленіе власти, которое закрѣпило за ней окончательно характеръ публичный.

Въ новѣйшее время замѣчается новое проникновеніе публичныхъ началъ въ частное право. Родительская власть утрачиваетъ характеръ частнаго права и начинаетъ разсматриваться какъ делегація извѣстныхъ полномочій со стороны государства: такъ, нпр., при всеобщемъ обязательномъ обученіи родители обязаны предъ государствомъ посылать дѣтей въ школу. Договоръ найма фабричныхъ рабочихъ подчиненъ цѣлому ряду непреложныхъ требованій со стороны государства, что придаетъ этому договору извѣстнаго рода публичную квалификацію.

На основаніи приведенныхъ фактовъ нѣкоторые ученые находятъ возможнымъ говорить о томъ, что граница между публичнымъ и частнымъ правомъ все болѣе и болѣе сглаживается, и, быть можетъ, осуждена на полное уничтоженіе. Съ этимъ врядъ ли можно согласиться. Грань, раздѣляющая публичное и частное право, теперь, какъ и раньше, передвигается сообразно мѣняющемуся взаимоотношенію государства и личности, ищущихъ наиболѣе устойчиваго взаимнаго равновѣсія. Такое передвиженіе не можетъ быть однако характеризуемо какъ стремленіе къ уничтоженію раздѣльной грани: индивидъ и государство, начало личное и начало общее являются неизмѣнными полюсами, къ которымъ тяготѣетъ общежитіе. Они могутъ перемѣщаться, но никогда не покроютъ другъ друга.

Въ заключеніе настоящей главы мы должны указать, что кромѣ общепринятаго дѣленія права на публичное и частное дѣлались и дѣлаются попытки тройственнаго дѣленія права на публичное, частное и общественное. Подъ общественнымъ правомъ разумѣютъ въ такомъ случаѣ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ положеніе общественныхъ союзовъ внутри государства, какъ-то, — территоріальныхъ общинъ (земскихъ и городскихъ), религіозныхъ общинъ и всякаго рода экономическихъ и культурныхъ союзовъ. На необходимости выдѣленія особой отрасли общественнаго права настаивалъ въ половинѣ XIX ст. нѣмецкій ученый Робертъ Моль; въ русской литературѣ проводилъ ту же мысль Лешковъ. Общественные союзы, о которыхъ идетъ рѣчь, имѣли самостоятельное значеніе только въ періодъ историческаго образованія

новаго централизованнаго государства, когда послѣднее конкурировало съ ними. Когда періодъ образованія закончился, государство сосредоточило въ своихъ рукахъ всю власть, и всѣ остальные общественные союзы, хотя бы и болѣе древніе по своему происхожденію, чѣмъ самое государство, получили сохраненную за ними власть какъ делегацію со стороны государства. При такомъ положеніи дѣла нѣтъ достаточнаго основанія выдѣлять всѣ эти подчиненные союзы изъ области публичнаго права въ самостоятельную область, такъ какъ самостоятельное юридическое основаніе дѣйствія ими утрачено.

Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ О. Гирке, который дѣлитъ все право на частное (индивидуальное) и общественное (соціальное) и разсматриваетъ публичное право какъ часть права соціальнаго. Верховенство государства надъ всѣми общественными союзами не допускаетъ подобнаго подчиненія публичнаго права общественному, но, напротивъ того, требуетъ, чтобы нормы, регламентирующія положеніе общественныхъ союзовъ, были отнесены къ публичному праву.

Samml IV

ГЛАВА VII. ПРИМѢНЕНІЕ ПРАВА

§ 24. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЙ ПРОЦЕССЪ ОСУЩЕСТВЛЕНІЯ ПРАВА И ЗНАЧЕНІЕ ПРОФЕССІОНАЛЬНЫХЪ ЮРИСТОВЪ

А. Стояновъ, Методы разработки положительнаго права и общественное значеніе юристовъ отъ глоссаторовъ до конца XVIII столѣтія, 1862 г.; Н. А. Гредескулъ. Къ ученію объ осуществленіи права. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, 1900 г.

Юридическія нормы регулируютъ поведеніе людей и, слѣдовательно, осуществляются въ человѣческихъ поступкахъ. Такая задача права достигается благодаря тому, что юридическая норма становится однимъ изъ мотивовъ, опредѣляющихъ личность къ дѣйствію, и притомъ господствующимъ надъ остальными. Для того, чтобы такое мотивацiонное дѣйствіе проявилось въ надлежащемъ видѣ, необходимо, чтобы юридическая норма была усвоена какъ интеллектуальнымъ, такъ и моральнымъ сознаніемъ подлежащаго лица. Человѣкъ долженъ воспринять разумомъ логическое содержаніе нормы и опредѣлить свою волю къ дѣйствію въ соотвѣтствіи съ той обязанностью, которая на него налагается, или тѣмъ притязаніемъ, которое ему предоставляется. Такимъ образомъ мы видимъ, что процессъ осуществленія права слагается, съ одной стороны, изъ усилій разума, направленныхъ на усвоеніе логическаго содержанія нормы, съ другой, — изъ усилій воли, направляющихъ поведеніе въ соотвѣтствіи съ этимъ содержаніемъ. Первую сторону можемъ назвать интеллектуальнымъ, или логическимъ процессомъ осуществленія права, вторую — моральнымъ процессомъ. Право осуществляется въ отдѣльныхъ конкретныхъ актахъ поведенія; поэтому и логическое содержаніе нормы усваивается для ея осуществленія примѣнительно къ данному конкретному случаю; на этомъ основаніи можно назвать логическій процессъ осуществленія права его *примѣненіемъ*. Завершается процессъ перехода юридической нормы въ жизнь усиліемъ воли; поэтому волевой, или моральный процессъ этого перехода и будетъ въ собственномъ смыслѣ *осуществленіемъ права*. Предметъ настоящей главы составитъ примѣненіе права.

Для того, чтобы примѣнять право въ конкретныхъ случаяхъ, необходимо прежде всего знать наличныя юридическія нормы. На раннихъ ступеняхъ развитія при несложности положительнаго правового матеріала,

соотвѣтствовавшаго простотѣ жизненныхъ условій, значеніе дѣйствующаго права, по тому времени исключительно или преимущественно обычнаго, было, можно сказать, разлито почти равномѣрно по всему обществу. Оно пріобрѣталось вмѣстѣ съ житейскимъ опытомъ, и извѣстное преимущество въ знаніи права, какъ и въ другихъ областяхъ житейскаго знанія и практическаго умѣнія, давалъ лишь возрастъ. Люди старые были лучшими знатоками, хранителями, а потому и вѣщателями права, которые внѣ суда и на судѣ разрѣшали сомнѣнія относительно логическаго содержанія дѣйствующихъ юридическихъ нормъ.

По мѣрѣ осложняющаго жизнь роста общественныхъ отношеній, а также по мѣрѣ расширенія законодательства и постепеннаго возобладанія закона надъ другими видами положительнаго права, нѣкогда непосредственное и равномѣрное во всѣхъ общественныхъ слояхъ знаніе права ослабѣвало, утрачивалось и наконецъ исчезло.

То же произошло и съ умѣніемъ пріискать для каждаго даннаго конкретнаго случая соотвѣтственную норму и вывести изъ нея соотвѣтственное рѣшеніе представившагося казуса. Чѣмъ жизнь дѣлалась сложнѣе, тѣмъ это умѣніе становилось все болѣе и болѣе затруднительнымъ.

Не смотря на фактическую утрату обществомъ освѣдомленности въ наличныхъ юридическихъ нормахъ и умѣнія примѣнять ихъ, право по прежнему обращало и обращаетъ свои нормы ко всѣмъ и къ каждому, требуя ихъ исполненія, а слѣдовательно и необходимыхъ для того знанія и умѣнія. Настаиваетъ на этомъ требованіи современное право, когда, не взирая на обиліе и сложность законовъ, провозглашаетъ въ видѣ общаго правила, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона. У всѣхъ предполагается знаніе положительнаго права и умѣніе прилагать его нормы къ отдѣльнымъ случаямъ. Само собою разумѣется, что на самомъ дѣлѣ нѣтъ ни такого знанія, ни такого умѣнія. Тѣмъ не менѣе, право не можетъ отказаться отъ выставленнаго принципа, такъ какъ, если бы оно стало на противоположную точку зрѣнія, то это повело бы къ злоупотребленіямъ и расшатало бы правовой порядокъ, ибо невозможно точно доказать, кто и въ какой мѣрѣ знаетъ предписанія положительнаго права или же дѣйствительно не знаетъ ихъ. Основныя правила юридически должнаго и запрещеннаго, дозволеннаго и недозволеннаго внушаются воспитаніемъ. Знаніе болѣе подробныхъ правилъ, опредѣляющихъ обычную профессіональную дѣятельность лица, пріобрѣтается вмѣстѣ съ профессіональной выучкой и житейскимъ опытомъ. Во всякой же необычной обстановкѣ всякій обязанъ справиться съ соотвѣтственнымъ закономъ и, когда встрѣтится съ затрудненіемъ и недоразумѣніемъ, вынужденъ обратиться за помощью и разъясненіемъ къ лицамъ, обладающимъ спеціальными познаніями въ правѣ.

Мы незамѣтно подошли къ тому средству, которое призвано устранять дурныя послѣдствія несомнѣннаго фактическаго отчужденія между обществомъ и положительнымъ правомъ. Такимъ средствомъ является образованіе особаго класса профессіональныхъ юристовъ, призваннаго къ жизни сложностью правового матеріала, трудностью его примѣненія и общимъ закономъ раздѣленія труда.

Незнаніе или недостаточное знаніе права, а также неумѣніе или недостаточное умѣніе примѣнять его могутъ быть еще терпимы, покуда сто-

роны все же находятъ какой либо способъ соглашенія, путемъ котораго мирно распредѣляютъ взаимныя притязанія и обязанности. Но разъ недоразумѣніе, недоумѣніе и неумѣніе вызываютъ споръ, послѣдній долженъ быть устраненъ помощью исчерпывающаго знанія и совершеннаго умѣнія. Правовые споры разрѣшаются судомъ. Судъ является такимъ учрежденіемъ, которое должно знать право и умѣть примѣнять его. Вотъ почему судъ повсюду былъ той средой, въ которой слагался классъ профессіональныхъ юристовъ. Въ судебной практикѣ накоплялось повсюду знаніе положительнаго права, а также умѣніе примѣнять его, вырабатывались пріемы и методы этого умѣнія, слагалось правовѣдѣніе, служащее цѣлямъ примѣненія положительнаго права, или т. н. догматическая юриспруденція.

Какъ ни понятна по своему происхожденію неизбѣжность выдѣленія профессіональнаго класса юристовъ, тѣмъ не менѣе противъ него раздавались нерѣдко протесты и высказывалось прямое осужденіе. Протесты и осужденія эти бывали двоякаго рода: въ однихъ случаяхъ они направлялись не только и не столько противъ юристовъ, какъ и сколько противъ того положительнаго права, проведенію котораго въ жизнь служили юристы; въ другихъ случаяхъ осужденію подвергалась самая догматическая юриспруденція, какъ дисциплина, служащая примѣненію права. Нападки перваго рода обрушивались на юристовъ въ эпохи крупныхъ общественныхъ переломовъ, когда приверженцы стараго уклада жизни, протестуя противъ новаго права, нападали на лицъ его примѣнявшихъ. Такъ, въ XIV—XVI вѣкахъ въ эпоху борьбы королей съ супрематіей церкви и съ феодализмомъ въ процессѣ постепеннаго образованія новаго централизованнаго государства дѣятельность свѣтскихъ юристовъ (легистовъ) вызывала рѣзкое осужденіе со стороны церкви и феодаловъ. А такого рода нападки, являющіеся отраженіемъ соціальной и политической борьбы, не имѣютъ существеннаго значенія для занимающаго насъ сейчасъ вопроса объ участіи профессіональныхъ юристовъ въ дѣлѣ примѣненія права. За то для насъ важно остановиться на нападкахъ второго рода, исходившихъ изъ принципіальнаго отрицанія необходимости такого участія вообще.

Принципіальное отрицаніе участія профессіональныхъ юристовъ въ дѣлѣ примѣненія права проявилось въ XVIII столѣтіи въ эпоху господства естественнаго права и просвѣщеннаго абсолютизма. На очередь поставлено было тогда новое законодательство, основанное непосредственно на началахъ разума. Вращаясь въ сферѣ отвлеченнаго прямолинейнаго разсужденія, не учитывавшаго многообразія, сложности и, такъ сказать, извилистости отношеній конкретной общественной жизни, въ то время глубоко были убѣждены въ томъ, что построенные на раціональныхъ началахъ законы доступны пониманію всякаго, и что примѣненіе ихъ не требуетъ никакого особаго умѣнія, являясь формально логическимъ дедуцированіемъ изъ большой посылки, представляемой закономъ, къ малой посылкѣ частнаго случая жизни. Поэтому принципіально отрицали посредничество юристовъ между закономъ и жизнью, считая его ненужнымъ и вреднымъ. Для примѣненія законовъ достаточно одного лишь здраваго смысла. Спеціальные пріемы юриспруденціи совершенно излишни. Такъ разсуждали и теоретики, и практическіе законодатели. Въ роли послѣднихъ выступали представители про-

свѣщеннаго абсолютизма, которые склонны были видѣть въ посредничествѣ юристовъ не только ослабленіе силы разума, заключеннаго въ законѣ, но и посягательство на абсолютную власть, опирающуюся на просвѣщеніе и разумъ. Конечно, и въ этомъ гоненіи на юриспруденцію была извѣстная доля соціально-политическаго антагонизма, — опасеніе встрѣтить въ юристахъ приверженность къ старому праву, которая можетъ исказить новое законодательство въ его примѣненіи. Однако, на ряду съ этимъ и даже въ большей степени выступало теоретическое отрицаніе необходимаго участія юристовъ въ примѣненіи права. Отрицаніе этого рода было основано на ошибкѣ, свойственной черезчуръ прямолинейному раціонализму. Ошибка состояла въ игнорированіи эмпирическаго многообразія реальной жизни и въ самомнѣніи законодателя, претендовавшаго на математическую точность формулировки юридическихъ нормъ. Жизнь показала, что законодательство вѣка просвѣщенія требовало не менѣе сложнаго процесса примѣненія, чѣмъ старое право. Соображенія о томъ, что для этого процесса не нужно никакой юриспруденціи, а достаточно лишь одного здраваго смысла, повторяются иногда и въ наше время. Но юриспруденція никогда вѣдь и не возставала противъ здраваго смысла, ибо она сама, подобно всякому спеціальному знанію и умѣнію, представляетъ собою, по справедливому замѣчанію Іеринга, ничто иное, какъ приложеніе здраваго смысла къ ея спеціальной области.

Походъ противъ профессіональныхъ юристовъ объявлялся также подъ вліяніемъ опасенія, какъ бы ученые правовѣды не исказили народнаго духа отечественнаго права привнесеніемъ въ него въ процессѣ примѣненія инородныхъ правовыхъ идей. Въ средніе вѣка такое опасеніе испытывали вѣщатели и хранители національнаго нѣмецкаго права. Записи послѣдняго (напримѣръ, Саксонское Зерцало) тщательно оберегались отъ вліянія ученыхъ легистовъ, которые путемъ толкованія могли провести въ нѣмецкое право начала права римскаго. Аналогичныя опасенія высказывалъ во второй половинѣ XIX столѣтія авторъ гражданскаго уложенія (Законника) Черногоріи — В. В. Богишичъ. Онъ боялся, что профессіональные юристы исказятъ славянское право чуждыми ему и вредными для него началами права римскаго, на которыхъ выросло научное правовѣдѣніе. Чтобы не подпускать ученыхъ юристовъ къ Законнику, В. В. Богишичъ снабдилъ послѣдній особымъ наставленіемъ касательно его примѣненія, наставленіемъ, понятнымъ, по мнѣнію автора, всѣмъ и каждому и потому исключающимъ необходимость обращенія къ профессіональнымъ юристамъ.

Само собою разумѣется, что подобныя опасенія тенденціозны и не основательны. Процессъ примѣненія права опредѣляется реальными потребностями жизни, а не мнимыми школьными предразсудками ученыхъ правовѣдовъ. Рецепція иноземнаго права происходитъ подъ вліяніемъ совокупности объективныхъ причинъ и не можетъ быть дѣломъ произвола или слѣдствіемъ рутины профессіональныхъ юристовъ.

§ 25. ИСКУССТВО ПРИМѢНЕНІЯ ПРАВА, ИЛИ ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Л. І. Петражицкій, Bona fides въ гражданскомъ правѣ, 1897 г., Приложеніе I: Модные лозунги въ юриспруденціи; Е. Васьковскій, Цивилистическая методологія. Часть I. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901 г.; А. В. Завадскій, Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ, Ученыя Записки Казанскаго Университета, 1910 г. кн. 10, 1911 г. кн. 5, 8, 11, 1912 г. кн. 4; Fr. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899; Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I—II, 1914—1915; E. Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, 1900; Wurzel, Das juristische Denken, 1904; L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907; F. Mallieux, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique, 1909; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, IV Band, 1911; D. N. Micescou, Essai sur la technique juridique, 1912; Th. Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, Bd. I, 2-oe изд. 1912 г.; G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2-oe изд. 1913 г.; E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, глава XV; G. Spasoïevitch, L'Analogie et l'interprétation, 1911; Giorgio del Vecchio, Principi generali del diritto, Modena, 1921; Eugen Ehrlich, Die juristische Logik, Tübingen, 1913; A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, I. Die theoretische Grundlegung, 1920, §§ 13 и 16; Gaston May, Introduction à la science du droit, 1920, leçon IX.

Искусство примѣненія права, или юридическая техника, является достояніемъ догматики права, или догматической юриспруденціи, задача которой, какъ намъ уже неоднократно приходилось говорить, заключается въ приспособленіи положительнаго права для цѣлей его практическаго примѣненія. Какъ методы научнаго изслѣдованія, такъ и пріемы прикладного и творческаго искусства, достигаются наилучшимъ образомъ и полностью въ непосредственномъ ихъ приложеніи къ дѣлу, въ ихъ дѣйствіи (en action, по выраженію О. Конта). Поэтому и юридическая техника подлежитъ усвоенію на самомъ матеріалѣ ея приложенія, — въ различныхъ областяхъ догматической юриспруденціи. Въ общемъ ученіи о правѣ приходится ограничиваться перечисленіемъ основныхъ ея пріемовъ и общей ихъ характеристикой.

Теоретическая разработка догматической юриспруденціи возникла и упрочилась только въ той стадіи исторіи права, когда законъ занялъ крупное, а затѣмъ и господствующее мѣсто среди видовъ положительнаго права. Развитіе законодательства сопровождалось отчужденіемъ общественныхъ массъ отъ положительнаго права и такимъ образомъ содѣйствовало установленію класса профессіональныхъ юристовъ, ихъ практической и теоретической дѣятельности. Какъ бы то ни было, несомнѣннымъ является тотъ фактъ, что исторически сложившаяся догматическая юриспруденція выработала теорію юридической техники исключительно для примѣненія закона. Къ этому слѣдуетъ добавить, что въ соотвѣтствіи съ судебнымъ происхожденіемъ догматической юриспруденціи выработанные ею пріемы юридической техники расчитаны въ конечномъ итогѣ на примѣненіе права судомъ. Оба указанныхъ обстоятельства отразились, какъ увидимъ ниже, на постановкѣ всѣхъ основныхъ вопросовъ примѣненія права.

I. Первой стадіей въ процессѣ примѣненія права является установленіе дѣйствующихъ правоположеній. Дѣятельность юристовъ въ этомъ отношеніи, будучи расчитана на законодательство, направлена на писанное право (ius scriptum) и носитъ названіе критики — по аналогіи съ т. н. дипломатической критикой историческихъ документовъ.

Критика закона различается низшая и высшая. Низшей критикой называется установленіе правильнаго текста закона. Подлиннымъ текстомъ закона является, очевидно, тотъ текстъ, который утвержденъ компетентнымъ органомъ государственной власти. Этотъ текстъ обычно воспроизводится въ спеціально предназначенномъ для обнародованія законовъ изданіи. У насъ въ Россіи такимъ оффиціальнымъ изданіемъ являлось «Собраніе узаконеній и распоряженій правительства». Всякое другое воспроизведеніе текста закона подлежитъ провѣркѣ его правильности путемъ сличенія съ текстомъ оффиціальнаго изданія. Конечно, и въ оффиціальномъ изданіи могутъ оказаться неправильности вслѣдствіе опечатокъ. Въ случаѣ обнаруженія послѣднихъ пришлось бы исправить ихъ путемъ сличенія съ подлиннымъ текстомъ, что по условіямъ настоящаго времени обнаружено было бы и исправлено соотвѣтственными органами власти.

Законы дѣйствуютъ иногда въ теченіе весьма долгаго времени, такъ что въ иныхъ случаяхъ примѣняются законы весьма отдаленнаго происхожденія, восходящіе къ эпохѣ, когда не было еще установленнаго порядка оффиціальнаго изданія законодательныхъ текстовъ. Тогда приходится устанавливать правильный текстъ старыхъ законовъ по подлинной рукописи, поскольку она сохранилась, или, если подлинной рукописи нѣтъ, по разнаго рода частнымъ ея изданіямъ въ печати, руководясь указаніями дипломатической и исторической критики. Такого рода вопросы возникали въ нашей судебной практикѣ при примѣненіи разнаго рода пожалованій и привилегій, идущихъ отъ сеймового законодательства посколько-литовской Рѣчи Посполитой.

Реципированные законы весьма часто не издаются оффиціально въ реципировавшей ихъ странѣ, и тогда обязательнымъ оказывается тотъ ихъ текстъ, который почитается оффиціальнымъ на ихъ родинѣ. Такъ, нпр., въ Царствѣ Польскомъ обязательнымъ является тотъ французскій текстъ II и III книгъ Гражданскаго Кодекса Наполеона, который признавался оффиціальнымъ во Франціи въ моментъ рецепціи Кодекса въ Герцогствѣ Варшавскомъ.

Подъ высшей критикой разумѣется установленіе юридической подлинности закона, т. е. его юридической обязательности.

Законъ — это юридическая норма, установленная государственною властью. Для правотворенія учреждаются спеціальные органы государственной власти, и опредѣляется особый формальный порядокъ ихъ дѣятельности. Въ видахъ обезпеченія законности въ условіяхъ непрестанно мѣняющихся жизненныхъ отношеній предоставляется различнымъ органамъ государственной власти устанавливать юридическія нормы съ различной степенью силы ихъ юридическаго дѣйствія. Обязательными въ качествѣ юридическихъ нормъ являются лишь тѣ правила, которыя установлены соотвѣтственнымъ органомъ государственной власти въ предѣлахъ его компе-

тенціи и въ предписанномъ порядкѣ. Провѣрка всѣхъ указанныхъ моментовъ и составляетъ содержаніе высшей критики, направленной на установленіе юридической подлинности нормы. Задачи этой критики выяснятся для насъ ближайшимъ образомъ послѣ ознакомленія съ ученіемъ о разныхъ видахъ закона и порядкѣ ихъ изданія. Ученіе это излагается ниже въ § 43-емъ.

Новые законы отмѣняютъ старые по тому же вопросу, причемъ обыкновенно въ новомъ законѣ точно устанавливается, какія изъ существующихъ законоположеній онъ отмѣняетъ. Въ прежнее время такихъ указаній нерѣдко не дѣлали; возможно нѣчто подобное и въ настоящее время. Тогда приходится уже въ порядкѣ примѣненія выяснять вопросъ о томъ, дѣйствуетъ ли данный законъ или же отмѣненъ. Дѣятельность этого рода также относится къ высшей критикѣ, ибо она устанавливаетъ юридическую обязательность нормы.

Пріемы низшей и высшей критики, выработанные примѣнительно къ законамъ, могутъ быть распространяемы и на нормы обычнаго права, судебной и государственной практики, а также права договорнаго. Наличность юридическаго обычая устанавливается путемъ опроса свѣдущихъ людей, изученія актовъ частныхъ сдѣлокъ и судебныхъ рѣшеній, въ которыхъ данный обычай уже примѣнялся, а также путемъ провѣрки тѣми же средствами правильности записи обычая въ существующихъ сборникахъ обычнаго права. Все это будетъ низшая критика. Къ высшей критикѣ нормъ обычнаго права слѣдуетъ отнести выясненіе дѣйствительности и обязательности ихъ въ согласіи съ существующими законами, опредѣляющими кругъ дѣйствія обычнаго права. Тексты судебныхъ рѣшеній, международныхъ договоровъ, а также частныхъ договоровъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они являются источниками права, подлежатъ низшей и высшей критикѣ на тѣхъ же основаніяхъ, что и тексты законовъ.

II. Второй стадіей въ процессѣ примѣненія права является **толкованіе закона**, т. е. выясненіе его содержанія.

Законъ, какъ и всякое сужденіе, представляетъ собою мысль, выраженную словами. Поэтому къ нему, какъ и ко всякому сужденію, примѣнимы два основныхъ способа толкованія: во-первыхъ, — разъясненіе словъ и установленіе связи между ними; во-вторыхъ, раскрытіе содержанія выраженной словами мысли. Первое есть толкованіе филологическое, второе — логическое.

Филологическое толкованіе распадается на **лексическое**, т. е. опредѣленіе значенія отдѣльныхъ словъ, и **грамматическое**, т. е. установленіе синтаксической связи между словами. Конечно, здѣсь юристу приходится всецѣло опираться на данныя языкознанія. Особая компетентность юриста проявляется при этомъ только въ опредѣленіи значенія юридическихъ терминовъ, т. е. словъ, имѣющихъ въ юриспруденціи техническое значеніе. Если въ законѣ встрѣчаются слова, которыя имѣютъ строго опредѣленный смыслъ въ качествѣ юридическихъ терминовъ, то, хотя бы эти слова въ житейскомъ обиходѣ имѣли и другой смыслъ (напр., владѣніе, растрата, грабежъ, представительство), юристъ обязанъ толковать ихъ въ

своемъ спеціальномъ терминологическомъ смыслѣ, пока онъ не убѣдится, что законъ самъ иногда не придерживается терминологическаго смысла (нпр., въ нашихъ законахъ говорится о землевладѣльцахъ, когда рѣчь идетъ о собственникахъ земли). Филологическое толкованіе пріобрѣтаетъ особенно важное значеніе, когда дѣло касается примѣненія стараго закона, составленнаго по правиламъ словоупотребленія и склада рѣчи, уже вышедшимъ изъ обихода.

Логическое толкованіе покоится на общихъ правилахъ логики и здраваго смысла, примѣняемыхъ къ спеціальному содержанію юридическаго сужденія и его особымъ задачамъ. Это толкованіе называютъ поэтому научно-юридическимъ. Смыслъ и задача юридической нормы заключаются не въ объясненіи существующаго, а въ установленіи должнаго, въ направленіи поведенія людей къ извѣстной цѣли; поэтому логическое толкованіе юридической нормы называютъ также телеологическимъ (цѣлевымъ).

Задача толкованія состоитъ въ выясненіи разумной цѣли закона (ratio legis), къ которой направлена устанавливаемая имъ регламентація поведенія, и которая является разумнымъ основаніемъ, раскрывающимъ смыслъ опредѣляемыхъ въ законѣ обязанности и притязанія. Эта цѣль, а слѣдовательно и самый смыслъ могутъ быть раскрыты прежде всего путемъ тщательнаго анализа содержанія нормы, подлежащей примѣненію. Если однако этотъ простѣйшій путь окажется недостаточнымъ, въ такомъ случаѣ приходится привлекать вспомогательныя данныя и путемъ сочетанія ихъ съ подлежащей нормой выяснять смыслъ послѣдней. Такое толкованіе можно бы назвать синтетическимъ въ противоположность простѣйшему, — аналитическому. Общепризнаны два вида синтетическаго толкованія: систематическое толкованіе и историческое.

Смыслъ той или другой статьи закона, разъяснить которую не удается совсѣмъ или въ достаточной мѣрѣ путемъ анализа собственнаго ея содержанія, разсматриваемаго въ ея обособленіи, можетъ быть выясненъ путемъ обсужденія ея въ систематической связи съ другими статьями. Возможно нѣсколько градацій систематическаго толкованія. Статья закона толкуется по мѣрѣ надобности, пока не будетъ установленъ ея ясный и несомнѣнный смыслъ, въ систематической связи съ отдѣломъ, главой, книгой законодательнаго сборника, отдѣльной областью права (гражданскаго, уголовнаго и. т. д.), среди которыхъ она помѣщена и къ которымъ относится, наконецъ, въ связи съ основными принципами всего дѣйствующаго права, въ составъ котораго она входитъ. Сопоставленіе съ остальными статьями того же отдѣла, связаннаго единствомъ содержанія, выясняетъ намъ особенности того спеціальнаго случая, который предусматриваетъ подлежащая истолкованію статья, и того особаго распоряженія, которое въ ней содержится. Общія положенія отдѣла, главы, книги и т. п., очевидно, обязательны и для отдѣльной частной статьи и устанавливаютъ предѣлы возможнаго ея смысла. Статьи закона, помѣщенныя среди общихъ правилъ и среди изъятій, несомнѣнно, подлежатъ различному толкованію: первыя болѣе широкому, вторыя — болѣе узкому. Словомъ, трудно даже предусмотрѣть всѣ тѣ указанія, которыя даетъ для выясненія смысла нормъ систематическое

толкованіе. Они обнаруживаются, и умѣніе пользоваться ими усваивается только при непосредственномъ ихъ примѣненіи и при спеціальномъ изученіи догматической юриспруденціи. Оставляя поэтому въ сторонѣ подробности дѣла и даже пояснительные примѣры, обратимъ лишь вниманіе на общую основу и задачу систематическаго толкованія.

Все положительное право объединено единствомъ цѣли, которая заключается въ упорядоченіи и направленіи поведенія людей согласно извѣстному положительному критерію справедливости. Въ виду такого единства цѣли всѣ нормы дѣйствующаго права должны быть взаимно согласованы и не могутъ другъ другу противорѣчить. Указанное требованіе составляетъ общую основу и вмѣстѣ съ тѣмъ задачу систематическаго толкованія. Каждый новый законъ не только отмѣняетъ прежній законъ по тому же предмету, но вмѣстѣ съ тѣмъ долженъ войти въ систему дѣйствующаго права какъ его органическая часть и прійти съ нею въ согласіе. Это требованіе долженъ, конечно, имѣть въ виду и несомнѣнно имѣетъ его въ виду законодатель при самомъ составленіи закона. Однако, столь же несомнѣнно, что законодатель не въ состояніи заранѣе предусмотрѣть всѣхъ случаевъ соприкосновенія новой нормы со старыми и всѣхъ возможныхъ при этомъ недоразумѣній и столкновеній. Поэтому устраненіе послѣднихъ поневолѣ является весьма важной задачей примѣненія права. Этимъ непрестаннымъ прилаживаніемъ новыхъ юридическихъ нормъ къ старымъ и старыхъ къ новымъ и сведеніемъ всего дѣйствующаго права къ систематическому единству занимается догматическая юриспруденція.

Новые законы производятъ въ существующемъ правопорядкѣ либо частныя измѣненія, либо принципіальныя. Измѣненія перваго рода являются обычными, измѣненія второго рода болѣе рѣдкими и знаменуютъ собою повороты въ развитіи права. Примѣромъ такихъ принципіальныхъ измѣненій могутъ служить: отмѣна крѣпостного права, введеніе мѣстнаго и корпоративнаго самоуправленія, введеніе независимаго и гласнаго суда, учрежденіе народнаго представительства, объявленіе свободы промысловъ и торговли, установленіе обязательнаго выкупа вѣчно-чиншевого землевладѣнія и т. п. При разнаго рода частныхъ измѣненіяхъ правопорядка новые законы подлежатъ систематическому толкованію въ согласіи съ неизмѣнными принципами стараго права. Иное дѣло при измѣненіяхъ принципіальныхъ. Задача систематическаго толкованія заключается тутъ уже не въ приспособленіи новыхъ законовъ къ старому праву, а, напротивъ того, въ перетолкованіи, такъ сказать, положеній стараго права, соприкасающихся съ новыми законами, въ духѣ провозглашенныхъ послѣдними новыхъ принциповъ. Только такого рода примѣненіе права обезпечиваетъ устойчивость правопорядка и его прогрессъ. Оно же единственно соотвѣтствуетъ логическимъ требованіямъ научной юриспруденціи. Обратное толкованіе, т. е. низведеніе новыхъ законовъ принципіальнаго характера на степень частныхъ измѣненій, подводимыхъ подъ старые принципы, извращаетъ логическій процессъ примѣненія права и ведетъ правовую жизнь по пути реакціи, т. е. по пути отмѣны, въ порядкѣ примѣненія, того, что провозглашено было въ законѣ.

Историческое толкованіе выясняетъ смыслъ закона путемъ изученія процесса установленія нормы, отношенія ея къ предшествовавшему

ей состоянію права, а также сопоставленія ея съ тѣми измѣненіями общественной жизни, которыя происходятъ во время долгаго дѣйствія данной нормы.

Если смыслъ закона не ясенъ изъ собственнаго его содержанія, то вполнѣ цѣлесообразно обратиться къ исторіи его составленія и искать указаній въ оставшихся отъ нея законодательныхъ матеріалахъ. Въ послѣднихъ можно отыскать тѣ мотивы, которыми руководились при составленіи закона, тѣ источники, откуда его заимствовали или тѣ образцы, по которымъ его составляли. Все это можетъ пролить свѣтъ на смыслъ закона. Дальнѣйшимъ пріемомъ историческаго толкованія является сопоставленіе даннаго закона съ закономъ имъ отмѣненнымъ. Такое сопоставленіе можетъ дать весьма цѣнныя указанія для выясненія цѣли толкуемаго закона и его смысла. Иногда одно лишь сопоставленіе даннаго закона съ непосредственно имъ отмѣненнымъ оказывается недостаточнымъ, и приходится прибѣгать къ цѣлому историческому экскурсу въ область прошлаго состоянія права для выясненія развитія юридическихъ нормъ по данному вопросу и опредѣленія такимъ путемъ того положенія, которое занимаетъ въ этомъ вопросѣ данный, подлежащій толкованію законъ.

Законы дѣйствуютъ, т. е. сохраняютъ обязательную силу, весьма долгое время, въ теченіе котораго измѣняются и тѣ фактическія отношенія, которыя должны регулироваться ими, и самое правосознаніе общества. Измѣненія эти невольно отражаются на самомъ пониманіи закона обществомъ. Какъ совершенно справедливо замѣтилъ одинъ юристъ, соединявшій теоретическія познанія съ судейскимъ опытомъ (O. Бэръ, O. Bähr), примѣненіе такихъ долговѣчныхъ законовъ дѣлаетъ всякое поколѣніе для себя. Этотъ неудержимый ходъ жизни не можетъ не учитываться научной юриспруденціей. Поэтому при толкованіи старыхъ законовъ должна быть принята во вниманіе исторія ихъ собственной жизни, и въ качествѣ особаго вида историческаго толкованія закона должно быть выдѣлено выясненіе смысла закона въ связи съ происшедшими за время его долгаго дѣйствія измѣненіями фактическихъ отношеній и общественнаго правосознанія.

Историческое толкованіе послѣдняго рода, имѣющее цѣлью сдѣлать въ законѣ необходимую поправку на время (по выраженію Н. А. Гредескула), представляется въ высшей степени труднымъ. Трудность заключается въ томъ, чтобы при внесеніи въ пониманіе закона поправки на время, не выйти изъ предѣловъ той задачи, которая ставится всякому толкованію права. Задача толкованія состоитъ въ выясненіи смысла дѣйствующаго закона и отнюдь не должна переходить въ измѣненіе содержащейся въ немъ юридической нормы. Эта послѣдняя опасность легко можетъ угрожать при толкованіи закона сообразно исторически измѣнившимся отношеніямъ и правосознанію. Ея слѣдуетъ тщательно остерегаться и, приспособляя старый, давно изданный законъ къ новымъ условіямъ, надлежитъ заботиться только о томъ, чтобы сдѣлать возможнымъ и облегчить примѣненіе содержащейся въ немъ юридической мысли къ условіямъ измѣнившейся исторической обстановки. Самая же мысль закона должна быть сохранена и не подлежитъ ни измѣненію, ни тѣмъ болѣе отмѣнѣ въ порядкѣ примѣненія. Само собою разумѣется, что этого рода историческое толкованіе находится

въ неизбѣжномъ соприкосновеніи и взаимодѣйствіи съ толкованіемъ систематическимъ.

Руководящимъ принципомъ толкованія должно быть начало легальности, или законности, т. е. согласіе съ дѣйствующимъ правомъ. Толкованіе задается только устраненіемъ затрудненій въ пониманіи смысла дѣйствующей юридической нормы и не можетъ идти далѣе и задаваться цѣлью устраненія того противорѣчія, въ которомъ можетъ очутиться законъ по отношенію къ дѣйствительнымъ потребностямъ жизни въ справедливой регламентаціи. Если бы стать на послѣднюю точку зрѣнія, толкованіе перестало бы быть однимъ изъ пріемовъ логическаго осуществленія права и превратилось бы въ исправленіе дѣйствующаго права, т. е. въ самостоятельное правотвореніе въ отмѣну наличныхъ нормъ положительнаго права. Какъ ни неоспоримо, казалось бы, приведенное положеніе, однако оно раздѣляется не всѣми. Имѣется и противоположное ему теченіе въ догматической юриспруденціи, сторонники котораго полагаютъ, что толкованіе должно руководиться не только принципомъ легальности, но и принципомъ соціальной цѣлесообразности. Во имя этого принципа слѣдуетъ будто бы отступать отъ подлиннаго смысла закона ради требованій справедливости и общественной пользы. Оцѣнку интересовъ съ точки зрѣнія положительнаго права надлежитъ при этомъ замѣнять самостоятельнымъ взвѣшиваніемъ интересовъ. Такого рода ученія никакъ нельзя принять, такъ какъ проведеніе его въ жизнь привело бы къ подрыву правопорядка. Не станемъ отрицать, что въ отдѣльныхъ случаяхъ формальное примѣненіе нормы можетъ противорѣчить требованію матеріальной справедливости, но устраненіе такого противорѣчія путемъ отступленія отъ нормы въ порядкѣ ея конкретнаго примѣненія явилось бы бо́льшимъ зломъ, ибо нарушало бы устойчивость права. Тѣмъ менѣе можно руководиться при толкованіи принципомъ общественной пользы, такъ какъ этотъ принципъ можетъ быть понимаемъ весьма различно и потому несомнѣнно вреднѣе возможныхъ погрѣшностей при проведеніи все же объективнаго принципа законности. Часто повторяющіеся случаи расхожденія дѣйствующаго права съ требованіемъ справедливаго удовлетворенія общественныхъ интересовъ подлежатъ конечно устраненію, но не въ подчиненномъ порядкѣ примѣненія права, а въ порядкѣ самостоятельнаго правотворенія.

Въ заключеніе ученія о толкованіи остановимся на вопросѣ о томъ, всякій ли законъ нуждается въ толкованіи, или же только законъ завѣдомо неясный. Самый вопросъ возникъ подъ вліяніемъ того отрицательнаго отношенія къ профессіональнымъ юристамъ и догматической юриспруденціи, которое сложилось въ XVIII столѣтіи, и о которомъ мы говорили выше. Ограниченіе толкованія только законами завѣдомо неясными явилось своего рода вынужденной уступкой профессіональнымъ юристамъ и догматической юриспруденціи со стороны раціоналистическаго ученія, принципіально отрицавшаго необходимость особаго логическаго процесса, посредствующаго между закономъ и осуществленіемъ его въ жизни. Въ своемъ мѣстѣ мы вскрыли несостоятельность подобнаго отрицанія, и для насъ одинаково не убѣдительны какъ полное изгнаніе толкованія, такъ и ограниченіе его законами, завѣдомо неясными. Законовъ завѣдомо ясныхъ, о которыхъ можно бы сказать, что они не нуждаются вовсе въ толкованіи и никогда въ немъ

нуждаться не будутъ, на самомъ дѣлѣ не существуетъ. Въ пользу такого утвержденія можно провести слѣдующія главнѣйшія основанія: 1) законъ расчитанъ на будущія явленія; уловить ихъ во всемъ ихъ предстоящемъ многообразіи не только трудно, но и невозможно; слѣдовательно, и самый ясный на видъ законъ не можетъ обойтись безъ толкованія; 2) трудно и невозможно наперед согласовать вновь устанавливаемое правоположеніе со всѣмъ комплексомъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ; это согласованіе можетъ быть произведено только въ порядкѣ примѣненія права; 3) законодатель можетъ выражаться только въ терминахъ прошедшаго и настоящаго; приспособленіе ихъ къ дальнѣйшему движенію жизни неминуемо потребуетъ толкованія.

Въ эпоху недовѣрія къ юристамъ и отрицательнаго отношенія къ догматической юриспруденціи, все же нельзя было устранить потребности въ толкованіи. Законодатель думалъ однако самъ удовлетворить эту потребность и завелъ порядокъ т. н. легальнаго толкованія законовъ, которое издавалось или непосредственно вмѣстѣ съ закономъ въ его текстѣ, или въ видѣ послѣдующаго истолкованія законодателемъ ранѣе изданнаго закона. Первый видъ легальнаго толкованія исчезъ въ XIX вѣкѣ, второй практикуется вплоть до нашихъ дней. Встрѣчаются такимъ образомъ до сихъ поръ законы, которые оффиціально не устанавливаютъ новыхъ юридическимъ нормъ, а только разъясняютъ ранѣе изданныя. На самомъ дѣлѣ тутъ нѣтъ никакого толкованія въ смыслѣ логическаго процесса осуществленія права, а есть лишь дополненіе одного закона другимъ, причемъ и каждый изъ нихъ въ отдѣльности, и оба они вмѣстѣ по прежнему нуждаются въ толкованіи, какъ нуждается въ немъ всякій законъ, и неясный, и ясный, и разъясняющій. Сохраненіе особой категоріи законовъ, издаваемыхъ въ разъясненіе существующихъ, объясняется только тѣмъ, что такіе законы надѣляются особенностями въ порядкѣ дѣйствія ихъ во времени, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже въ § 43-емъ.

Ученіе о толкованіи выработано примѣнительно къ закону. Оно подлежитъ однако распространенію и на другіе виды положительнаго права по мѣрѣ надобности и возможности.

III. Примѣненіе права вызывается стеченіемъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, отдѣльными его случаями, или т. н. казусами. Для рѣшенія ихъ подыскиваются въ дѣйствующемъ правѣ соотвѣтственныя нормы, которыя ихъ предусматриваютъ. Отысканная соотвѣтственная норма подвергается толкованію. Возможны однако и бываютъ на самомъ дѣлѣ такіе случаи, которые не предусмотрѣны дѣйствующимъ правомъ, и для рѣшенія которыхъ нельзя поэтому найти соотвѣтственной нормы. Въ такихъ случаяхъ обнаруживаются т. н. пробѣлы въ положительномъ правѣ.

При обнаруженіи пробѣла въ положительномъ правѣ мыслимъ троякій исходъ изъ создавшагося затруднительнаго положенія: 1) оставленіе казуса безъ юридическаго рѣшенія, 2) восполненіе пробѣла спеціальнымъ актомъ правотворенія, — путемъ изданія новаго закона[1], и 3) восполненіе пробѣла

[1] Мы указываемъ здѣсь только одинъ путь восполненія пробѣла, — законодательный, такъ какъ, само собою разумѣется, что созданіе ad hoc новаго юридическаго обычая не возможно.

путемъ установленія новой юридической нормы въ предѣлахъ примѣненія права, т. е. судомъ, призваннымъ рѣшать споры о правѣ. Первый изъ указанныхъ путей поневолѣ исключается, какъ реально не возможный, такъ какъ оставленіе спорныхъ казусовъ и скрывающихся за ними конфликтовъ реальныхъ интересовъ лишало бы общественныя отношенія необходимой юридической регламентаціи и того мирнаго улаженія конфликтовъ, безъ котораго не возможно нормальное теченіе общественнаго оборота. Второй путь реально возможенъ, но практически весьма затруднителенъ. Возбужденіе по поводу всякаго пробѣла въ положительномъ правѣ законодательнаго вопроса прежде всего задерживаетъ разрѣшеніе казуса и конфликта на весьма продолжительное время и порождаетъ такимъ образомъ волокиту, тягостную для заинтересованныхъ сторонъ и вредную для общественнаго оборота. Кромѣ того, законодательное постановленіе по поводу частнаго случая, казуса, не можетъ быть признано достаточно пригоднымъ для установленія наиболѣе справедливой нормы. Конкретный характеръ отдѣльнаго случая и спѣшность, требуемая для его разрѣшенія, лишаютъ законодательную работу тѣхъ качествъ, которыя обычно обезпечиваютъ наибольшую справедливость устанавливаемой ею нормы, именно, лишаютъ ея всесторонности и длительности обсужденія вопроса во всей его полнотѣ. Къ этому надо прибавить, что законодатель, устанавливающій юридическую норму по поводу отдѣльнаго случая, неизбѣжно чуждъ того непосредственнаго отношенія къ частному случаю, въ которомъ находится судья; законодатель удаленъ отъ сторонъ и не можетъ непосредственно проникнуть въ ту конкретную жизненную обстановку, которая породила данный спорный случай. Такимъ образомъ законодательные акты судебно-казуистическаго происхожденія оказываются весьма несовершенными юридическими нормами какъ для общаго руководства въ будущемъ, такъ и для спеціальнаго разрѣшенія даннаго частнаго случая. Въ виду этого законодательство судебно-казуистическаго характера, хотя и примѣнялось въ прошломъ въ теченіе долгаго времени монопольнаго господства закона среди источниковъ права и на широкихъ началахъ, въ новое время было принципіально оставлено. Такимъ образомъ окончательно установился принципъ восполненія пробѣловъ положительнаго права судомъ, т. е. въ порядкѣ примѣненія права.

Какъ видно изъ только что сказаннаго, вопросъ о восполненіи пробѣловъ въ положительномъ правѣ соприкасается съ двумя другими вопросами, — о значеніи судебной практики, какъ самостоятельнаго источника права, и о взаимоотношеніи между судомъ и закономъ. О первомъ изъ этихъ сопредѣльныхъ вопросовъ мы уже говорили выше въ отдѣлѣ объ источникахъ права (см. § 17, IV, стрн. 153); второй изъ сопредѣльныхъ вопросовъ намъ предстоитъ еще разсмотрѣть въ XIII главѣ курса: «о правѣ въ системѣ государственной организаціи» (§ 43). Въ указанной сопредѣльности трехъ названныхъ вопросовъ нельзя не видѣть отраженія и послѣдствій отмѣченнаго въ началѣ настоящаго параграфа историческаго факта развитія логическаго процесса осуществленія права и догматической юриспруденціи изъ судебной практики. Вполнѣ сознавая этотъ историческій фактъ, мы въ данномъ мѣстѣ постараемся все же отвлечь нашу мысль отъ него и разсмотрѣть вопросъ о восполненіи пробѣловъ права какъ вопросъ

научно-юридической техники, независимо отъ того, въ какой мѣрѣ положительное законодательство предоставляетъ суду свободу правотворенія. Становясь на такой путь, мы отступаемъ отъ старой точки зрѣнія, согласно которой теорія права разсматриваетъ себя какъ подготовительную ступень къ судебной практикѣ въ томъ смыслѣ, что считаетъ нужнымъ подобно послѣдней связывать свое ученіе постановленіями положительнаго закона, и примыкаемъ къ тому новѣйшему направленію, которое выясняетъ процессъ примѣненія права на почвѣ свободнаго научнаго изслѣдованія и отъ него уже переходитъ къ судебной практикѣ, не отождествляя законодательнаго опредѣленія послѣдней съ дѣйствительнымъ выясненіемъ логическаго процесса примѣненія права. Сторонниками новаго направленія являются Жени, Эрлихъ, Радбрухъ, Брюттъ, Вурцель, Юнгъ, Штернбергъ и др.

Пробѣлъ въ положительномъ правѣ можетъ обнаружиться и помимо суда при научно-догматической разработкѣ права. Вопросъ объ его восполненіи можетъ быть разрѣшенъ поэтому съ точки зрѣнія научныхъ задачъ юридической техники. Да и самъ судья въ процессѣ распознаванія права дѣйствуетъ по тѣмъ же правиламъ и помощью тѣхъ же пріемовъ, какъ и догматикъ-теоретикъ. Возможно поэтому и необходимо чисто-научное, теоретическое обсужденіе юридической техники. Поскольку и въ какой степени оно воспринимается положительнымъ законодательствомъ, это уже другой вопросъ, требующій особаго разсмотрѣнія и объясненія.

Намѣтивъ такимъ образомъ точку зрѣнія на вопросъ о пробѣлахъ въ положительномъ правѣ, перейдемъ къ его разсмотрѣнію.

Первымъ и простѣйшимъ способомъ восполненія пробѣла въ положительномъ правѣ является примѣненіе юридической нормы по аналогіи. Если подлежащій рѣшенію случай прямо не предусмотрѣнъ ни одной статьей закона, тогда прежде всего ищутъ, не предусмотрѣнъ ли закономъ случай, подобный данному. Если найдется въ гипотезѣ какой либо существующей нормы фактическій составъ, подобный фактическому составу подлежащаго рѣшенію случая, тогда диспозиція нормы съ подобнымъ фактическимъ составомъ распространяется и на случай, подлежащій рѣшенію. Такое примѣненіе юридической нормы по аналогіи существенно отличается отъ толкованія и содержитъ въ себѣ несомнѣнно уже нѣкоторый элементъ правотворенія. Отъ толкованія аналогія отличается тѣмъ, что, прибѣгая къ ней, мы не ограничиваемся выясненіемъ содержанія данной юридической нормы, но извлекаемъ изъ нея болѣе общія начала, которыя одинаково покрывали бы и случай, прямо данной нормой предусмотрѣнный, и ему подобный. Въ этомъ обобщеніи нормы привлекаемой по аналогіи заключается элементъ нѣкотораго свободнаго правотворенія въ порядкѣ примѣненія. Указанная свобода при аналогіи ограничена предѣлами положительнаго правового матеріала, изъ котораго берется исходная точка.

Въ процессѣ примѣненія права попадаются однако случаи, для которыхъ нельзя найти въ гипотезахъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ ничего подобнаго фактическому составу этихъ случаевъ. При такомъ положеніи дѣла примѣненіе юридической нормы по аналогіи оказывается

невозможнымъ, и приходится констатировать наличность безусловнаго, абсолютнаго пробѣла въ положительномъ правѣ. Спрашивается, какъ же восполняются такіе безусловные пробѣлы?

По этому вопросу слѣдуетъ различать два направленія юридической техники: старое, сложившееся въ эпоху рецепціи римскаго права и господствовавшее вплоть до послѣднихъ лѣтъ минувшаго (XIX) столѣтія, и новое, ознаменовавшее собою начало нашего вѣка.

Старое направленіе исходило изъ представленія о т. н. логической замкнутости, или законченности права. Подъ послѣдней разумѣли то присущее будто бы положительному праву свойство, въ силу котораго оно содержитъ въ своемъ внутреннемъ логическомъ составѣ достаточный матеріалъ для разрѣшенія всѣхъ возможныхъ въ порядкѣ примѣненія случаевъ, въ томъ числѣ и случаевъ, не предусмотрѣнныхъ ни одной изъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ. Съ точки зрѣнія стараго направленія безусловныхъ пробѣловъ въ положительномъ правѣ нѣтъ, бываютъ лишь относительные пробѣлы, проистекающіе изъ отсутствія спеціальныхъ статей закона, но это не безусловные пробѣлы въ положительномъ правѣ, такъ какъ они восполняются изъ того же положительнаго права путемъ особаго логическаго пріема его обработки, которую называли аналогіей права. Аналогію права (analogia iuris) отличали отъ аналогіи закона (analogia legis), подъ которой понимали то, что мы назвали выше примѣненіемъ юридической нормы по аналогіи. Къ аналогіи права прибѣгали тогда, когда аналогія закона представлялась невозможной, т. е. когда не оказывалось юридической нормы, которую можно было бы примѣнить по аналогіи, и обнаруживался случай безусловнаго пробѣла въ положительномъ правѣ. Такой случай все же признавался не безусловнымъ пробѣломъ, а относительнымъ, и подлежалъ съ точки зрѣнія старой теоріи разрѣшенію на основаніи положительнаго права, которое необходимо было для этого подвергнуть особой логической обработкѣ. Путь и пріемы этой обработки были слѣдующіе. Изъ всего матеріала надлежало извлечь лежащіе въ его основѣ общіе принципы, частными выводами изъ которыхъ являются всѣ дѣйствующія отдѣльныя юридическія нормы. Послѣднія не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ выводовъ изъ положительнаго права, отчего и получаются относительные пробѣлы въ статьяхъ закона. Остается лишь воспо́лнить частные случаи дедукціи, упущенные законодателемъ, и такимъ путемъ всѣ возможные пробѣлы въ статьяхъ закона будутъ восполнены на основаніи общихъ принциповъ, или общаго духа положительнаго права. Такимъ образомъ старая теорія учила восполнять пробѣлы путемъ конструированія общихъ принциповъ положительнаго права и дедуцированія изъ нихъ частныхъ рѣшеній. Признавалось возможнымъ заранѣе выработать конструкцію общихъ принциповъ положительнаго права, и одинъ изъ юристовъ 20-хъ годовъ XIX столѣтія, Фалькъ, назвалъ такое построеніе общимъ ученіемъ о правѣ, или общей теоріей права, какъ мы упоминали ужъ объ этомъ выше (см. стрн. 13 и 175—176). Юридическая техника, построенная на указанныхъ началахъ, получила названіе «юриспруденціи понятій» (Begriffsjurisprudenz), такъ какъ она занималась построеніемъ общихъ понятій положительнаго права и сводила весь процессъ при-

мѣненія права къ формально-логическому дедуцированію изъ этихъ понятій, игнорируя при этомъ реальную жизненную обстановку тѣхъ казусовъ, которые приходилось разрѣшать.

Новая теорія подвергла юриспруденцію понятій критикѣ и признала принципъ восполненія пробѣловъ въ положительномъ правѣ путемъ свободнаго правотворенія въ порядкѣ примѣненія права.

Первый ударъ критики направился на ученіе о логической законченности права. Факты правовой жизни несомнѣнно свидѣтельствуютъ о существованіи безусловныхъ пробѣловъ въ положительномъ правѣ. Такъ какъ никакое логическое содержаніе не въ состояніи дать болѣе того, что положено въ его основу, то отсюда неминуемо слѣдуетъ, что ученіе о возможности на основаніи положительнаго правового матеріала разрѣшать вопросы, не учтенные этимъ матеріаломъ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности и представляетъ собою только извѣстный постулатъ, требованіе. Но требованіе это на самомъ дѣлѣ оказывается неисполнимымъ. Общіе принципы положительнаго права отвлекаются индуктивнымъ путемъ отъ положительнаго правового матеріала и поэтому обобщаютъ лишь то, что въ немъ содержится, но не даютъ ничего большаго. Дедукція изъ этихъ принциповъ не можетъ дать рѣшенія казуса, фактическій составъ котораго не предусмотрѣнъ положительнымъ правовымъ матеріаломъ. Слѣдовательно, конструктивно-дедуктивнымъ путемъ невозможно восполнять пробѣлы въ положительномъ правѣ. На это возразятъ, что юридическая техника примѣняла старую теорію въ теченіе столѣтій и восполняла пробѣлы именно конструктивно-дедуктивнымъ путемъ по правиламъ т. н. аналогіи права. Возраженіе это устраняется указаніемъ на то, что юридическая техника соблюдая лишь видимость конструктивно-дедуктивнаго метода, а на самомъ дѣлѣ отступала отъ него и строила общіе принципы не только на основаніи матеріала положительнаго права, но и на основаніи тѣхъ жизненныхъ отношеній, на которыя наталкивалась въ процессѣ примѣненія права. Подъ флагомъ логической законченности положительнаго права неизмѣнно проходило свободное правотвореніе догматической юриспруденціи. Самая же доктрина о логической законченности положительнаго права являлась лишь невольнымъ выраженіемъ преклоненія предъ писаннымъ правомъ, которое внушалось юристамъ сначала внутреннимъ авторитетомъ римскаго права, а затѣмъ внѣшнимъ авторитетомъ законодателя новаго времени.

Свободное отъ давленія указанныхъ авторитетовъ, новое направленіе прямо и открыто признаетъ тотъ неизбѣжный фактъ, что пробѣлы въ положительномъ правѣ восполняются догматической юриспруденціей путемъ свободнаго правотворенія. Это свободное правотвореніе самостоятельно учитываетъ соціальную обстановку подлежащаго разрѣшенію жизненнаго казуса и руководится не общимъ принципомъ положительнаго права, а критеріемъ естественной справедливости. Имѣя въ виду именно эту функцію юриспруденціи, Ульпіанъ могъ назвать ее знаніемъ дѣлъ божественныхъ и человѣческихъ, наукой о справедливомъ и несправедливомъ (Ulpian in l. 10. § 2. D. de j. et jur. 1, 1: Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia).

Такое ученіе о восполненіи пробѣловъ въ положительномъ правѣ вытекаетъ изъ существа логическаго процесса осуществленія права и неминуемо дѣлаетъ юриспруденцію источникомъ положительнаго права. Въ какой мѣрѣ это положеніе признается законодательствомъ, это вопросъ особаго рода, и разсмотрѣніе его, какъ уже сказано, еще намъ предстоитъ (въ § 43-емъ).

IV. Существенно важнымъ моментомъ въ процессѣ примѣненія права является, наконецъ, субъективація, т. е. построеніе на основаніи объективной юридической нормы субъективнаго юридическаго отношенія. Такъ какъ правовой оборотъ слагается изъ юридическихъ отношеній, то потребность въ субъективаціи сама собою понятна. Для цѣлей примѣненія права необходимо подвергнуть систематической субъективаціи весь наличный матеріалъ положительнаго права. Только послѣ такой переработки положительнаго правового матеріала получается возможность легко и скоро разбираться въ немъ и примѣнять его къ конкретнымъ случаямъ жизни.

Указанная разработка положительнаго права совершается помощью двухъ основныхъ пріемовъ: *юридическаго анализа* и *юридической конструкціи*.

Всякое конкретное юридическое отношеніе между двумя лицами (напр., отношеніе, вытекающее изъ купли-продажи, родительской власти, нарушенія права, подчиненія власти государственнаго органа, участія въ самоуправленіи) представляетъ собою отношеніе сложное, которое объемлетъ на той и на другой сторонѣ нѣсколько взаимныхъ правъ и обязанностей, направленныхъ нерѣдко на различные объекты. Чтобы разобраться въ сложномъ явленіи, необходимо прежде всего вскрыть его простѣйшіе составные элементы. Такова задача всякаго анализа. Юридическій анализъ занимается разложеніемъ сложныхъ юридическихъ отношеній на отношенія простыя. Простымъ признается такое юридическое отношеніе, въ которомъ устанавливается одно притязаніе на одной сторонѣ, одна обязанность на другой и единый объектъ.

Когда анализъ законченъ и получены ряды простыхъ юридическихъ отношеній, наступаетъ очередь юридической конструкціи. Послѣдняя состоитъ въ установленіи сочетаній юридическихъ отношеній. При этомъ имѣются въ виду не тѣ случайныя и затѣйливыя сочетанія, которыя представляетъ жизнь, а сочетанія планомѣрныя, основанныя на единствѣ цѣли извѣстной группы отношеній. Совокупность простыхъ юридическихъ отношеній, связанныхъ единствомъ цѣли, называется *юридическимъ институтомъ* (учрежденіемъ). Таковы, напр., институтъ собственности, брака, наслѣдованія по закону, завѣщанія, займа, народнаго представительства.

Іерингъ называлъ юридическіе институты юридическими тѣлами, или организмами, желая этимъ подчеркнуть, что юридическіе институты составляютъ самостоятельныя части правопорядка, служащія обезпеченію важнѣйшихъ индивидуальныхъ и общественныхъ цѣлей.

Юридическіе институты подвергаются *классификаціи* по ихъ цѣлямъ; однородные сводятся вмѣстѣ и составляютъ отдѣльныя отрасли и

части права, которыя располагаются затѣмъ въ опредѣленной системѣ. Къ классификаціи относится извѣстное намъ основное дѣленіе права на публичное и частное съ дальнѣйшими подраздѣленіями того или другого и послѣдующимъ раздѣленіемъ каждаго изъ нихъ на части, напр., право вещное, обязательственное, наслѣдственное въ гражданскомъ правѣ.

Систематическимъ изложеніемъ положительнаго права по всѣмъ его отдѣламъ и частямъ завершается техническая работа догматической юриспруденціи. Систематизованный положительный правовой матеріалъ представляется наиболѣе удобнымъ для пользованія. Въ немъ легко найти соотвѣтственную для встрѣтившагося случая юридическую норму и основанное на ней построеніе юридическаго отношенія. Догматическая система является къ тому же источникомъ для систематическаго толкованія. Наконецъ, систематическая обработка положительнаго правового матеріала облегчаетъ возможность обнаруженія пробѣловъ въ положительномъ правѣ.

ГЛАВА VIII. ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА

Вопросъ объ осуществленіи права либо вовсе упускается изъ виду въ общемъ ученіи о правѣ, либо разсматривается въ черезчуръ узкихъ предѣлахъ. Суженіе вопроса объ осуществленіи права замѣчается въ троякомъ отношеніи: 1) подъ осуществленіемъ права разумѣютъ главнымъ образомъ или даже исключительно судебное его осуществленіе, или т. н. судебную защиту правъ, 2) сосредоточиваютъ все вниманіе на осуществленіи субъективнаго права (правомочія, или притязанія) и оставляютъ безъ вниманія исполненіе юридической обязанности, и 3) разсматриваютъ вопросы осуществленія права примѣнительно къ праву частному, судебная защита котораго является наиболѣе совершенной, и обходятъ молчаніемъ право публичное.

Полное упущеніе вопроса объ осуществленіи права не допустимо, такъ какъ переходъ права въ жизнь совершается не путемъ одного лишь интеллектуальнаго процесса (примѣненія), но и моральнаго (осуществленія), — изучивъ первый процессъ, необходимо изслѣдовать и второй. Разсмотрѣніе вопроса объ осуществленіи права въ указанныхъ узкихъ предѣлахъ — не правильно. Только незначительная часть юридическихъ отношеній доходитъ до суда, и значительно преобладающая часть правового оборота совершается путемъ внѣсудебнаго, безспорнаго, мирнаго осуществленія права. Иначе и быть не можетъ: если бы значительно большая часть юридическихъ отношеній сопровождалась споромъ, столкновеніями, требующими судебнаго рѣшенія, право не исполняло бы своей функціи, и общественная жизнь испытывала бы непрестанныя потрясенія. Вся сила права въ безспорномъ и мирномъ его осуществленіи. Если это такъ, то при разсмотрѣніи вопроса объ осуществленіи права нельзя ограничиваться однимъ лишь судебнымъ его осуществленіемъ. Такъ какъ юридическія нормы устанавливаютъ не только притязанія, но и обязанности, такъ какъ безъ исполненія обязанности пассивной стороной юридическаго отношенія не возможно осуществленіе притязанія активной стороны, то само собою понятно, что осуществленіе права не исчерпывается однимъ лишь осуществленіемъ притязанія, но обнимаетъ и исполненіе обязанности. Обязанности нельзя оставлять безъ разсмотрѣнія тѣмъ болѣе, что исполненіе ея имѣетъ, такъ сказать, свою особую природу, существенно отличную отъ осуществленія субъективнаго права. Наконецъ, нѣтъ никакого основанія игнорировать публичное право въ занимающемъ насъ вопросѣ, тѣмъ болѣе что оно представляетъ въ порядкѣ осуществленія значительныя особенности сравнительно съ частнымъ.

Принимая въ соображеніе все сказанное, мы будемъ говорить объ осуществленіи права какъ со стороны удовлетворенія притязанія, такъ и со стороны исполненія обязанности, какъ въ частномъ правѣ, такъ и въ публичномъ, какъ въ безспорномъ мирномъ порядкѣ, такъ и въ порядкѣ спорномъ, судебномъ.

Право осуществляется въ поступкахъ людей, согласныхъ съ предписаніемъ юридическихъ нормъ, или въ т. н. правомѣрныхъ поступкахъ. Бываютъ однако, — и это неизбѣжно по отношенію ко всякой нормѣ должнаго, — поступки неправомѣрные. Всякій неправомѣрный поступокъ, взятый самъ по себѣ, есть актъ отрицанія права. Для положительнаго утвержденія дѣйственности права и въ случаяхъ его нарушенія устанавливается извѣстная реакція правопорядка противъ неправомѣрныхъ поступковъ. Эта реакція представляетъ собою особый видъ осуществленія права, — въ случаѣ совершенія неправомѣрныхъ поступковъ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ ученіе объ осуществленіи права распадается на двѣ части: 1) ученіе о правомѣрныхъ поступкахъ, и 2) ученіе о поступкахъ неправомѣрныхъ.

§ 26. ПРАВОМѢРНЫЕ ПОСТУПКИ

Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. I, §§ 7 и 8; E. Picard, Le droit pur, 1912, §§ 111—134; R. v. Ihering, Der Kampf um's Recht, 1872 г., и рядъ послѣдующихъ изданій (Р. Іерингъ, Борьба за право, нѣсколько русскихъ переводовъ); Felix Dahn, Rechtsphilosophische Studien, 1883; Ѳ. В. Тарановскій, Интересъ и нравственный долгъ въ правѣ, 1899 г.; E. Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, 1898; Konrad Schneider, Treu und Glaube, München, 1902. E. Porcherot, De l'abus de droit, 1901; René Buttin, De l'usage abusif du droit, 1904; Karl Huber, Ueber den Rechtsmissbrauch, 1910; І. А. Покровскій, Основныя проблемы гражданскаго права, 1916, глава VI; Jacob Wetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich, 1917.

I. Особенностью права, сравнительно съ нравственностью, является, какъ мы уже знаемъ, прямая объективность его задачи. Это значитъ, что право ставитъ объективное осуществленіе своихъ предписаній выше субъективнаго въ немъ участія лица, къ которому эти предписанія обращены. Изъ указаннаго свойства права вытекаетъ допустимость въ правѣ представительства. Правомѣрные поступки могутъ быть совершаемы какъ самими уполномоченными или обязанными къ тому лицами, такъ и ихъ представителями, т. е. другими лицами, дѣйствующими отъ ихъ имени и за ихъ счетъ, какъ въ матеріальномъ, такъ и въ моральномъ смыслѣ.

Черезъ представителей въ силу необходимости осуществляются правомочія и обязанности лицъ недѣеспособныхъ. Дѣеспособныя лица могутъ дѣйствовать чрезъ представителей по своему желанію. Первый видъ представительства устанавливается закономъ и потому называется законнымъ представительствомъ. Законными представителями недѣеспособныхъ являются ихъ опекуны и попечители. Второй видъ представительства устанавливается добровольно путемъ соглашенія желающаго быть представляемымъ съ лицомъ, избираемымъ имъ въ представители, и называется представительствомъ добровольнымъ, или договорнымъ.

Представительство не допустимо въ тѣхъ юридическихъ отношеніяхъ, въ которыхъ существенное значеніе принадлежитъ самой личности сторонъ, какъ то, напр., въ отношеніяхъ семейственныхъ, а также въ нѣкоторыхъ обязательствахъ личнаго характера, напр., въ договорѣ личнаго найма. Главной сферой примѣненія представительства является частное право и въ немъ область имущественныхъ отношеній. Въ публичномъ правѣ, благодаря двумъ его особенностямъ, — совпаденію дѣеспособности съ правоспособностью и личному характеру публичноправовыхъ отношеній, — представительство находитъ себѣ примѣненіе, весьма ограниченное. Собственно говоря, имѣется лишь одинъ видъ публично правового представительства, это — представительство государства въ международныхъ отношеніяхъ. Во внутренне-государственныхъ отношеніяхъ института представительства нѣтъ. Регентъ отправляетъ самостоятельную функцію и не является представителемъ несовершеннолѣтняго или психически ненормальнаго монарха. О народномъ представительствѣ говорятъ въ соціальномъ, т. е. фактическомъ съ точки зрѣнія права смыслѣ, но это не представительство юридическое. Члены законодательныхъ палатъ исполняютъ самостоятельную функцію, а не дѣйствуютъ отъ имени и за счетъ избирателей. Самое ихъ избраніе есть лишь особый способъ ихъ законнаго установленія, а не передача имъ полномочій на юридическое представительство.

II. Право регулируетъ взаимное поведеніе людей по отношенію другъ къ другу. По кругу лицъ, связываемыхъ взаимнымъ поведеніемъ установленнаго характера, различаются абсолютныя и относительныя права и обязанности. Абсолютными называются такія права, которыя предоставляются управомоченному субъекту по отношенію ко всѣмъ и каждому. Абсолютныя обязанности — это тѣ обязанности, которыя налагаются на насъ правомъ по отношенію ко всѣмъ и каждому. Относительными являются такія права и такія обязанности, которыя намъ предоставлены, и которыя мы несемъ по отношенію къ опредѣленнымъ лицамъ, съ которыми мы связаны особымъ обязательствомъ. Абсолютныя обязанности могутъ имѣть своимъ объектомъ только воздержаніе отъ дѣйствія и терпѣніе чужой дѣятельности, напр., абсолютная обязанность всѣхъ и каждаго ничего не дѣлать по отношенію къ чужой собственности и терпѣть поведеніе собственника. Всякаго же рода положительныя услуги могутъ быть объектомъ только относительныхъ обязанностей.

III. Въ двухъ основныхъ областяхъ права, — въ правѣ частномъ и въ правѣ публичномъ, — осуществленіе права происходитъ различно. Всѣ частныя субъективныя права предоставляются управомоченному субъекту въ его свободное распоряженіе, такъ что осуществленіе ихъ зависитъ отъ его желанія и усмотрѣнія. Кредиторъ можетъ требовать отъ должника данной ему взаймы суммы, можетъ и отказаться отъ нея, какъ пожелаетъ, какъ найдетъ для себя нужнымъ. Право никого и никогда не обязываетъ осуществлять свои частныя правомочія. Такое положеніе частнаго субъективнаго права отражается и на положеніи частноправовой обязанности: послѣдняя прекращается, если субъектъ притязанія отказывается отъ удо-

влетворенія. Кредиторъ можетъ простить долгъ своему должнику, и это освобождаетъ должника отъ его обязанности.

Въ публичномъ правѣ различаются въ порядкѣ осуществленія субъективныя права, которыми надѣлено государство и его органы по отношенію къ подвластнымъ, и субъективныя права, предоставленныя частнымъ лицамъ (т. е. отдѣльнымъ гражданамъ, не являющимся органами власти или въ данномъ конкретномъ отношеніи не выступающимъ въ качествѣ таковыхъ) по отношенію къ государству и его органамъ. Къ первому виду относится, напр., право государства взимать налоги, привлекать преступниковъ къ отвѣтственности, требовать отбыванія воинской повинности, и вытекающія отсюда, — право сборщика податей требовать внесенія налога, право судебнаго слѣдователя привлечь совершившаго предступленіе къ суду, право воинскаго присутствія требовать явки военнообязаннаго и т. д. Ко второму виду относятся права на участіе во власти, напр., избирательныя права, и права на свободу отъ воздѣйствія и вмѣшательства власти, напр., право свободнаго передвиженія, свободы вѣроисповѣданія и т. д., говоря короче, права т. н. политической и гражданской свободы. Поэтому можно назвать (какъ это многіе дѣлаютъ) первый видъ субъективныхъ публичныхъ правъ правами властвованія, второй — правами свободы. Права властвованія не предоставляются органамъ государственной власти въ ихъ свободное распоряженіе, но подлежатъ обязательному осуществленію. Всѣ права властвованія содержатъ въ себѣ обязанность ихъ исполненія (какъ справедливо отмѣчаетъ это въ послѣднее время Берольцгеймеръ). На этомъ основаніи теоретики государственнаго права (Г. Іелинекъ и др.) называютъ публичныя правомочія органовъ государственной власти не субъективными правами, а функціями, т. е. обязательными для нихъ отправленіями власти. Понятіе функціи вполнѣ умѣстно и имѣетъ опредѣленный смыслъ съ точки зрѣнія соціально-конструктивной, т. е. съ точки зрѣнія строенія, организаціи государственной власти въ обществѣ. Но это понятіе не замѣняетъ понятія субъективнаго права, а существуетъ наряду съ нимъ. Съ точки зрѣнія юридической понятіе функціи не достаточно. Функція органа власти обнимаетъ собою двоякаго рода юридическое отношеніе: отношеніе органа къ государству и отношеніе его къ подвластнымъ; въ первомъ отношеніи органъ несетъ обязанность, во второмъ надѣленъ притязаніемъ. Такимъ образомъ никакъ нельзя устранить конструкцію субъективныхъ публичныхъ правъ органовъ власти. Необходимо лишь оговорить, что эти права сопряжены съ обязанностью ихъ осуществленія. Къ замѣнѣ субъективнаго публичнаго права органа государственной власти его функціей прибѣгаютъ потому, что считаютъ свободное распоряженіе существеннымъ признакомъ субъективнаго права. Послѣднее соображеніе не можетъ быть однако принято, такъ какъ оно неправильно суживаетъ общее понятіе субъективнаго права до одного лишь частнаго субъективнаго права.

Субъективныя публичныя права частныхъ лицъ по отношенію къ государству и его органамъ, или т. н. права свободы, предоставляются субъектамъ ихъ въ свободное распоряженіе, какъ и частныя субъективныя права. Такого рода конструкція вполнѣ понятна и умѣстна относительно т. н. правъ гражданской свободы. Притязанія на невмѣшательство

государственной власти въ извѣстную сферу индивидуальной жизни и свободнаго единенія индивидовъ, являясь публичными въ силу того, что они предъявляются къ государству, какъ носителю принудительной власти, имѣютъ конечной цѣлью обезпеченіе неприкосновенности частнаго оборота. Поэтому вполнѣ понятно, что притязанія эти предоставляются свободному усмотрѣнію и распоряженію ихъ субъектовъ такъ же, какъ и весь частный оборотъ предоставленъ свободной иниціативѣ и самодѣятельности индивидовъ. Иное дѣло — права политической свободы, т. е. права на участіе во власти. Предоставленіе ихъ свободному распоряженію сторонъ вытекаетъ не изъ существа ихъ и свойствъ ихъ конечной цѣли, а изъ условій историческаго ихъ происхожденія и среднихъ, такъ сказать, статистическихъ данныхъ ихъ осуществленія. По существу же своему и по своей цѣли они въ принципѣ характеризуются такимъ же привхожденіемъ въ нихъ момента обязательнаго осуществленія, какъ и субъективныя публичныя права государства и его органовъ, потому что права на участіе власти суть несомнѣнно права властвованія. Пояснимъ сказанное примѣромъ. Избирательное право возникло какъ результатъ борьбы общественныхъ классовъ съ абсолютнымъ государствомъ и потому разсматривается какъ извѣстный активъ индивида, какъ его право. Этимъ правомъ всякій можетъ распоряжаться свободно, т. е. онъ можетъ принимать участіе въ политическихъ выборахъ или уклоняться отъ нихъ по своему желанію и усмотрѣнію. Цѣль выборовъ — конституировать народное представительство, которое должно и обязано дѣйствовать. Слѣдовательно, политическіе выборы должны состояться; для того, чтобы они состоялись, необходимо, чтобы граждане принимали въ нихъ участіе. Значитъ, въ избирательномъ правѣ имѣется несомнѣнный элементъ обязательности его осуществленія. О немъ забываютъ потому, что общество достаточно заинтересовано въ участіи во власти, и достаточное количество избирателей всегда осуществляетъ свои избирательныя права, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ статистика выборовъ. Но если бы воздержаніе и уклоненіе отъ выборовъ приняло размѣры, угрожающіе самому конституированію представительныхъ учрежденій, моментъ обязательности осуществленія избирательныхъ правъ предсталъ бы со всею очевидностью, и поднятъ былъ бы, пожалуй, вопросъ о санкціонированіи этой обязательности, т. е. объ обложеніи уклоненія отъ выборовъ наказаніемъ. Отсутствіе такой санкціи въ настоящее время и является въ значительной мѣрѣ причиною того, что моментъ обязательности въ осуществленіи избирательнаго права совершенно упускается изъ виду, благодаря нѣкоторой общей тенденціи ограничивать юридическія обязанности только обязанностями, снабженными принудительной санкціей. Къ сказанному необходимо добавить, что обязательное участіе въ выборахъ введено уже въ нѣкоторыхъ государствахъ (Бельгіи, Испаніи и нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ). Но и конструированное какъ обязанность, участіе въ выборахъ все же не лишено характера субъективнаго публичнаго права. Избиратель имѣетъ субъективное право на признаніе его въ качествѣ такового, т. е. въ качествѣ спеціальнаго государственнаго органа. Это субъективное право пользуется спеціальной защитой. Если бы, напр., избиратель не былъ внесенъ въ избирательный списокъ, онъ могъ бы судебнымъ путемъ требовать исправленія списка въ свою пользу.

Въ связи съ только что сказаннымъ необходимо отмѣтить, что нѣкоторые виды участія во власти, именно участіе въ судѣ въ качествѣ присяжнаго засѣдателя, конструируются исключительно какъ повинность, или обязанность, которую исполняютъ всѣ подлежащія лица въ извѣстной очереди по особо составляемымъ спискамъ. Объ обязанности говорятъ здѣсь въ силу того, что такое участіе болѣе тягостно, чѣмъ участіе въ политическихъ выборахъ, менѣе интересуетъ массу, и потому представляетъ большую опасность уклоненія, для предотвращенія которой пришлось установить наказаніе за уклоненіе. Несомнѣнно однако, что произвольное со стороны подлежащаго органа власти невнесеніе того или другого лица въ списки присяжныхъ засѣдателей, немедленно вскрываетъ наличность у даннаго лица притязанія на этотъ видъ участія во власти, т. е. наличность субъективнаго права быть присяжнымъ засѣдателемъ. По соображеніямъ практическаго, дѣлового характера совершенно забыли здѣсь о субъективномъ публичномъ правѣ, осуществляемомъ обязательно, и говорятъ только объ обязанности. Въ указанномъ только что смыслѣ имѣется моментъ субъективнаго публичнаго права и въ воинской повинности.

Своеобразный характеръ правъ властвованія отражается соотвѣтственнымъ образомъ и на публичноправовой обязанности. Отъ частноправовой обязанности лицо обязанное можетъ быть освобождено по усмотрѣнію субъекта соотвѣтственнаго притязанія. Кредиторъ прощаетъ долгъ, и обязанность должника прекращается. Такъ какъ правамъ властвованія присуще обязательное осуществленіе, то государство и его органы не могутъ освободить подвластныхъ отъ ихъ публичноправовыхъ обязанностей. Современное право не знаетъ т. н. диспенсивной (разрѣшительной) власти государственныхъ органовъ, т. е. права ихъ разрѣшать, значитъ, освобождать подвластныхъ отъ лежащихъ на нихъ публичноправовыхъ обязанностей. Такая диспенсивная власть принадлежала раньше монархамъ, въ то именно время, когда государство разсматривалось какъ вотчина (частное хозяйственное предпріятіе) государя, и подвластные находились въ частноправовомъ подчиненіи ему. Современное право знаетъ лишь чрезвычайные случаи освобожденія отъ публичноправовыхъ обязанностей въ порядкѣ особыхъ актовъ милости. Въ этомъ порядкѣ слагаются недоимки по уплатѣ податей, освобождаются лица отъ обязанности отвѣчать по суду за совершенныя преступленія (т. н. аболиція, или прекращеніе преслѣдованія) или отъ обязанности претерпѣть наказаніе (т. н. амнистія, т. е. преданіе забвенію рѣшеннаго дѣла). Акты милости представляютъ собою спеціальныя мѣры, которыя принимаются ради укрѣпленія матеріальной справедливости (справедливости по существу), нарушаемой въ иныхъ случаяхъ неизбѣжнымъ въ общемъ формализмомъ права. Отъ акта милости заинтересованное лицо всегда можетъ отказаться, разъ оно находитъ болѣе справедливымъ и болѣе цѣлесообразнымъ исполнить возложенную на него закономъ обязанность.

IV. Юридическая обязанность должна быть исполнена полностью, — до удовлетворенія и, такъ сказать, до насыщенія соотвѣтствующаго ей притязанія другой стороны. Само собою разумѣется, что предметомъ юридической обязанности можетъ быть только то, что

возможно для человѣка по силамъ и средствамъ его природы. Impossibilium nulla est obligatio — относительно невозможнаго обязательство ничтожно. Такъ опредѣляло еще римское право предѣлы обязанностей, устанавливаемыхъ по частному соглашенію сторонъ. Правило это сохраняется и въ современномъ правѣ какъ относительно частныхъ договорныхъ обязательствъ, такъ и относительно обязанностей, устанавливаемыхъ закономъ и всякой другой юридической нормой.

Невозможное, какъ предѣлъ юридической обязанности, обнимаетъ собою не только несоразмѣрность требуемаго поступка съ силами и средствами человѣка, но и внѣшнія обстоятельства, которыя въ качествѣ непреодолимой силы (vis maior, force majeure) лишаютъ возможности совершить поступокъ, вообще посильный для человѣка. Непреодолимая сила освобождаетъ отъ исполненія обязанности. Такъ, нпр., разлитіе водъ или крушеніе поѣзда освобождаетъ отъ явки въ судъ въ качествѣ свидѣтеля; гибель вещи отъ огня или наводненія освобождаетъ отъ обязанности доставить ее по тому или иному договору и т. д.

Сообразно общему типологическому характеру юридическихъ нормъ возможность исполненія юридической обязанности понимается въ расчетѣ на средняго абстрактнаго человѣка, на котораго вообще расчитано дѣйствіе права. Индивидуальная невозможность для того или другого конкретнаго лица не принимается правомъ въ соображеніе. Такая принципіальная постановка даннаго вопроса является вполнѣ понятной и относительно наиболѣе справедливой. Предусмотрѣть всѣ индивидуальныя особенности право не въ состояніи; общее же допущеніе неограниченной, безконечной индивидуализаціи возможности и невозможности исполнить обязанность повело бы къ неустойчивости и произволу въ виду крайней, почти непреодолимой трудности провѣрить дѣйствительность возможности или невозможности по отношенію къ каждому отдѣльному лицу и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Справедливость такого типическаго пониманія возможности и невозможности примѣнительно къ абстрактному среднему человѣку конечно относительна: она представляетъ собою лишь наименьшее уклоненіе отъ принципа справедливости и наибольшее къ нему приближеніе. Само собой однако разумѣется, что въ отдѣльныхъ случаяхъ уклоненіе будетъ черезчуръ большое, и общее типическое требованіе должно быть тогда ослаблено. Положительное право въ извѣстной мѣрѣ становится на путь нѣкотораго исправленія своихъ неизбѣжныхъ несовершенствъ и въ порядкѣ осуществленія допускаетъ извѣстныя отступленія отъ строгаго принципа неуклоннаго исполненія юридической обязанности. Такъ, нпр., въ случаѣ крайне затруднительнаго или бѣдственнаго положенія должника судьѣ предоставляется право разсрочить или инымъ образомъ облегчить уплату долга.

Настаивая на принципѣ неуклоннаго исполненія обязанности и полномъ удовлетвореніи соотвѣтственнаго притязанія, право въ то же время знаетъ случай освобожденія отъ обязанности и прекращенія притязанія въ силу внѣшняго факта. Это случай дѣйствія т. н. погасительной давности (longi temporis praescriptio). Если правомочный субъектъ не осуществляетъ своего притязанія въ теченіе опредѣленнаго количества лѣтъ, нпр., 10 или 30-ти, то онъ лишается своего правопритязанія, и другая сторона юридическаго отношенія освобождается отъ лежавшей на ней обязанности. Такимъ

образомъ юридическая обязанность можетъ погашаться вслѣдствіе отсутствія у управомоченнаго интенсивнаго интереса къ своему праву и истеченія опредѣленнаго промежутка времени. Такой порядокъ вызываетъ сомнѣнія съ точки зрѣнія справедливости и нравственнаго достоинства, такъ какъ нравственный императивъ несомнѣнно требуетъ отъ насъ исполненія обязанности независимо отъ заинтересованности ея адресата, а тѣмъ болѣе независимо отъ истеченія того или другого промежутка времени. Въ отвѣтъ на эти сомнѣнія мы должны прямо сказать, что погасительное дѣйствіе давности въ положительномъ правѣ основывается не на принципѣ справедливости, а на принципѣ цѣлесообразности, — на нѣкоторыхъ вполнѣ уважительныхъ соображеніяхъ общественной пользы. Юридическія отношенія, которыя не ликвидировались въ теченіе долгаго времени, затрудняютъ общественный, главнымъ образомъ имущественный оборотъ, такъ какъ держатъ обязаннаго субъекта въ неувѣренности относительно его дѣйствительнаго актива. Въ видахъ устойчивости оборота цѣлесообразно пресѣкать подобныя отношенія по истеченіи извѣстнаго времени. При этомъ исходятъ изъ житейски основательнаго предположенія, что этимъ не наносится чувствительный уронъ управомоченному субъекту, который долгимъ неосуществленіемъ своего притязанія показалъ, что оно для него не представляетъ значительнаго интереса. Право вообще руководится правилами житейской мудрости и во имя ея оно и въ данномъ случаѣ ради интересовъ общественной пользы отступаетъ отъ строгаго требованія справедливости. Отступая отъ строгаго требованія справедливости, право однако не отрицаетъ его въ принципѣ и предоставляетъ подлежащему лицу исполнить свою обязанность въ полномъ соотвѣтствіи съ принципомъ матеріальной справедливости. Дѣйствіе погасительной давности наступаетъ не иначе, какъ только по желанію и заявленію лица обязаннаго. Всякій имѣетъ возможность исполнить свою юридическую обязанность, хотя бы она была погашена давностью по положительному праву. Въ такомъ случаѣ говорятъ, что исполняется **естественноправовая обязанность**, или **естественное обязательство** (obligatio naturalis). Разъ оно исполнено добровольно, лицо, исполнившее его, лишается уже права послѣдующей ссылки на погасительную давность, и положительное право отказываетъ ему въ притязаніи на обратное полученіе уплаченнаго по естественному обязательству. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ данномъ случаѣ положительное право не только предоставляетъ обязанному лицу возможность добровольно внести моральный коррективъ въ несовершенство положительнаго права, но и обезпечиваетъ безповоротность рѣшенія, принятаго въ этомъ направленіи обязаннымъ лицомъ.

Указанный порядокъ исполненія т. н. естественныхъ обязательствъ примѣняется также въ тѣхъ случаяхъ, когда матеріально обоснованная обязанность не возникаетъ въ формально юридическомъ смыслѣ вслѣдствіе несоотвѣтствія сдѣлки формальнымъ требованіямъ права. Напримѣръ: молодой человѣкъ 20 лѣтъ занялъ у кого нибудь деньги; такъ какъ онъ еще несовершеннолѣтній и, слѣдовательно, не дѣеспособенъ, то сдѣлка признается недѣйствительной, и у должника нѣтъ формальной юридической обязанности возвратить взятую заимообразно сумму. Должникъ имѣетъ однако возможность по достиженіи совершеннолѣтія исполнить свою обязанность

какъ обязательство естественное. Уплаченное по такому естественному обязательству не подлежитъ возврату съ ссылкой на недѣйствительность первоначальной сдѣлки.

V. Переходя къ вопросу объ осуществленіи правового притязанія, или субъективнаго права, мы должны остановиться на значеніи этого осуществленія для цѣлей и задачъ объективнаго правопорядка.

Всѣ частныя субъективныя права, а также публичныя права свободы предоставлены субъекту, какъ мы уже знаемъ, въ полное и свободное его распоряженіе. Осуществленіе или неосуществленіе этихъ правъ поставлено такимъ образомъ въ зависимость отъ желанія и усмотрѣнія управомоченнаго субъекта. Такъ какъ право согласно своей цѣли обезпечиваетъ индивидуальные и общественные интересы, то вполнѣ понятно, что предоставленіе осуществленія субъективнаго права усмотрѣнію управомоченнаго субъекта расчитано не на безсодержательный произволъ (mera voluntas) послѣдняго, а на личную его заинтересованность въ томъ благѣ, пользованіе которымъ обезпечивается за нимъ его субъективнымъ правомъ. Личная заинтересованность, т. е. эгоистическій мотивъ на сторонѣ управомоченнаго, признается достаточной гарантіей того, что субъективныя права будутъ осуществляться, такимъ образомъ будетъ обезпечено исполненіе соотвѣтствующихъ имъ на другой сторонѣ юридическаго отношенія обязанностей, и, слѣдовательно, объективный правопорядокъ будетъ соблюдаться.

Сколь ни дѣйствителенъ эгоистическій мотивъ управомоченнаго субъекта, могутъ однако встрѣтиться случаи, когда онъ самъ по себѣ окажется недостаточнымъ для осуществленія субъективнаго права. Это будутъ случаи пассивнаго упорства противной стороны въ неисполненіи обязанности, долженствующей удовлетворить законное притязаніе. Для преодолѣнія этого упорства потребуется отъ управомоченнаго настойчивость въ предъявленіи своего притязанія, въ отстаиваніи его, если понадобится, судебнымъ порядкомъ и въ принудительномъ его осуществленіи. Словомъ, потребуется борьба за субъективное право. Борьба неизбѣжно сопряжена съ извѣстными волевыми усиліями, съ затратою энергіи и времени. Эгоистическій мотивъ, побуждающій къ осуществленію права, подвинетъ управомоченнаго субъекта на борьбу за свое право только въ томъ случаѣ, если благо, обезпечиваемое даннымъ субъективнымъ правомъ, представляетъ для него столь значительный интересъ, что въ состояніи окупить затрату энергіи и времени на борьбу. Если же этого нѣтъ, то при незначительности блага, утрачиваемаго вслѣдствіе нарушенія права, управомоченный субъектъ можетъ по соображеніямъ эгоистическаго расчета оставить свое субъективное право безъ осуществленія. Но осуществленіе правомѣрнаго притязанія имѣетъ, какъ мы уже знаемъ, не только субъективное значеніе для управомоченнаго, но и объективное значеніе для правопорядка. Неосуществленіе притязанія даетъ возможность не исполнять обязанности. Если подобные случаи будутъ повторяться и получатъ значительное распространеніе, отпадетъ внѣшнее побужденіе къ исполненію юридическихъ обязанностей, и фактически пріостановится дѣйствіе объективнаго права, по крайней мѣрѣ, примѣнительно къ мелкимъ отношеніямъ повседневной жизни, не

представляющимъ особой цѣнности и настоятельнаго интереса для управомоченныхъ. Какъ ни мелки эти случаи, все же равнодушное отношеніе къ дѣйствію права будетъ понемногу растлѣвать правосознаніе, что можетъ вызвать болѣе или менѣе существенный подрывъ правопорядка. Поэтому нельзя довольствоваться однимъ эгоистическимъ мотивомъ къ осуществленію права и необходимо выдвинуть другое начало, которое въ состояніи было бы побуждать къ дѣйствію въ тѣхъ случаяхъ, когда эгоистическій расчетъ предпочитаетъ бездѣйствіе. Исходя изъ сознанія именно этой необходимости, Іерингъ и провозгласилъ свой извѣстный лозунгъ безусловной борьбы за право.

Борьба за право вмѣняется Іерингомъ управомоченному въ особый нравственный долгъ, которымъ онъ обязывается какъ по отношенію къ самому себѣ, такъ и по отношенію къ обществу. Субъективныя права не только обезпечиваютъ полученіе извѣстной выгоды, но и расширяютъ сферу моральной мощи человѣка; онѣ неразрывно связываются съ его личностью и какъ бы входятъ въ составъ его «я». Всякое нарушеніе субъективнаго права не только причиняетъ управомоченному матеріальный ущербъ, но и наноситъ извѣстный уронъ достоинству его личности. Вслѣдствіе этого настойчивое осуществленіе субъективнаго права является нравственной обязанностью управомоченнаго по отношенію къ самому себѣ, какъ моральной личности. Въ исполненіи этого нравственнаго долга передъ самимъ собой человѣкъ находитъ, по мнѣнію Іеринга, не только моральное, но и эстетическое удовлетвореніе: борьба за право, говоритъ Іерингъ, есть поэзія характера. Такъ какъ объективное право осуществляется не иначе, какъ только путемъ исполненія обязанностей и удовлетворенія притязаній, то борьба за субъективное право выходитъ за предѣлы личнаго интереса, представляетъ собою интересъ общественный и потому становится долгомъ управомоченнаго передъ обществомъ. Свою проповѣдь борьбы за право Іерингъ ограничивалъ областью частнаго права и не распространялъ ея на право публичное, увѣряя, что осуществленіе послѣдняго обезпечивается достаточно и вполнѣ надежно спеціальной дѣятельностью государственныхъ чиновниковъ, призванныхъ и испытанныхъ стражей публичнаго правопорядка.

Провозглашенная Іерингомъ идея борьбы за право, какъ нравственный долгъ управомоченнаго, въ основѣ своей является несомнѣнно правильной и цѣнной. Только отдѣльныя стороны и общее направленіе даннаго ей Іерингомъ развитія вызываютъ сомнѣнія и требуютъ оговорокъ.

Увѣреніе Іеринга, что осуществленіе публичнаго права вполнѣ обезпечивается профессіональной дѣятельностью государственныхъ чиновниковъ и потому не нуждается въ борьбѣ за право со стороны частныхъ лицъ, свидѣтельствуетъ лишь объ идеализаціи Іерингомъ бюрократіи, но не соотвѣтствуетъ фактамъ и не можетъ быть принято въ качествѣ руководящаго принципа. И исторія, и опытъ современной жизни наглядно показываютъ намъ, что бюрократія представляетъ собою не идеальныхъ служителей отвлеченной государственной идеи, но реальный общественный классъ, для котораго отправленіе функцій государственнаго властвованія становится спеціальнымъ классовымъ интересомъ. Въ виду этого отъ чиновниковъ нельзя ожидать объективной и безусловной охраны субъективныхъ публич-

ныхъ правъ гражданъ, говоря иначе, правъ политической и гражданской свободы, которыя должны служить коррективомъ и сдержкой бюрократическаго правленія. Субъективныя публичныя права гражданъ представляютъ собою извѣстныя притязанія ихъ къ государству; удовлетвореніе этихъ притязаній получается путемъ исполненія соотвѣтствующихъ имъ обязанностей государствомъ, т. е. его органами, значитъ, — въ первую голову чиновниками. Полагать, что дѣятельность субъекта извѣстной обязанности представляетъ собою достаточную гарантію для осуществленія права, соотвѣтствующаго ей на другой сторонѣ юридическаго отношенія, и въ принципѣ лишать управомоченную сторону самодѣятельности — не правильно. Такая принципіальная точка зрѣнія кореннымъ образомъ противорѣчитъ идеѣ субъективнаго права, какъ признанной сферѣ самодѣятельности управомоченнаго субъекта. Эта же точка зрѣнія не состоятельна и въ практическомъ отношеніи. Вѣдь субъективныя публичныя права нарушаются какъ разъ вслѣдствіе неисполненія соотвѣтственной обязанности со стороны государства, т. е. органовъ государственной власти, значитъ, въ первую голову — чиновниковъ. Именно чиновники въ пылу служебнаго рвенія («административнаго восторга» по выраженію Достоевскаго) или въ своекорыстномъ увлеченіи произволомъ выходятъ изъ предѣловъ своихъ должностныхъ правомочій и нарушаютъ права политической и гражданской свободы частныхъ лицъ. Послѣднимъ приходится бороться за свои субъективныя публичныя права какъ разъ противъ чиновниковъ. Этой борьбы никакъ нельзя отрицать и невозможно замѣнить ее дѣятельностью тѣхъ самыхъ чиновниковъ, противъ которыхъ она въ отдѣльныхъ случаяхъ и направляется. Борьба за права политической и гражданской свободы составляетъ такой же нравственный долгъ управомоченнаго субъекта передъ самимъ собой и передъ обществомъ, какъ и борьба за субъективныя права въ области частнаго права. Поэзіи характера въ борьбѣ за субъективныя публичныя права не только не меньше, но даже больше, чѣмъ въ борьбѣ за частныя права, такъ какъ борьба за субъективныя публичныя права соединена съ большими трудностями и съ большимъ рискомъ. Много труднѣе и много рискованнѣе бороться съ произволомъ администратора, чѣмъ съ недобросовѣстностью должника.

Іерингъ провозгласилъ борьбу за право безусловнымъ принципомъ, не знающимъ никакихъ исключеній. Съ такого рода положеніемъ никакъ нельзя согласиться. Праву, какъ мы знаемъ, свойственны типологическій характеръ и формализмъ. Вслѣдствіе этого всегда возможно нѣкоторое несоотвѣтствіе между типическимъ случаемъ, предусмотрѣннымъ въ гипотезѣ юридической нормы, и конкретнымъ случаемъ, возникающимъ въ жизни. Точно также формальное установленіе права и обязанности, данное въ диспозиціи юридической нормы, всегда можетъ уклоняться отъ матеріальной справедливости (справедливости по существу) въ рѣшеніи даннаго случая. Какъ правильно замѣчаетъ Берольцгеймеръ, всякое право заключаетъ въ себѣ нѣкую составную часть несправедливости; право воспринимается какъ справедливое тогда, когда оттѣнокъ несоотвѣтствія конкретнаго случая жизни типическому случаю нормы столь невеликъ, что онъ не чувствителенъ и не доходитъ до сознанія сторонъ. Но если это несоотвѣтствіе по обстоятельствамъ дѣла становится значительнымъ, формально справед-

ливое предписаніе юридической нормы становится несправедливымъ по существу. Основанное на немъ субъективное право легко можетъ превратиться изъ справедливаго притязанія къ другой сторонѣ отношенія въ обиду, ей причиняемую. Верхъ права — верхъ обиды (summum ius, summa iniuria), — училъ еще Цицеронъ. И черезъ восемнадцать вѣковъ повторилъ ту же мысль Вольтеръ, когда сказалъ, что право, занесенное черезчуръ далеко, становится несправедливостью (un droit porté trop loin devient une injustice). Разъ такіе случаи возможны, то несомнѣнно, что принципъ борьбы за субъективное право не можетъ быть признанъ безусловнымъ и долженъ подлежать ограниченіямъ. Ограниченія эти опредѣляются линіей расхожденія формальной справедливости съ матеріальной. Всякій разъ, когда такое расхожденіе замѣчается въ размѣрахъ значительныхъ, слѣдуетъ не бороться за свое формальное право, а отказаться отъ него. Иначе придется очутиться въ положеніи того героя Некрасовскаго стихотворенія, который, опираясь на формальное право, заявлялъ: «живя согласно съ строгою моралью, я никому не сдѣлалъ въ жизни зла», на самомъ же дѣлѣ только и дѣлалъ, что причинялъ людямъ жестокія обиды. Говоря о расхожденіи въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ формальной справедливости съ матеріальной, мы имѣемъ въ виду не абсолютную справедливость, являющуюся для права только идеаломъ, а ту относительную, обусловленную временемъ, мѣстомъ и соціальной средой справедливость, изъ которой исходитъ и къ которой стремится положительное право. Цѣль и задача положительнаго права заключается въ водвореніи въ обществѣ матеріальной справедливости. Формальной справедливостью оно ограничивается лишь въ силу неизбѣжности, вытекающей изъ двусторонняго характера юридической нормы, и во избѣжаніе бо́льшаго зла, каковымъ былъ бы возможный при отсутствіи формализма произволъ на сторонѣ лица обязаннаго. Субъективное право, поскольку оно соединено со свободою распоряженія, предоставляетъ управомоченному субъекту возможность путемъ отказа отъ его осуществленія восполнять недостатки формальной справедливости и этимъ содѣйствовать водворенію справедливости матеріальной, составляющей конечную цѣль права. Въ этомъ именно смыслѣ одинъ изъ критиковъ Іеринга — Феликсъ Данъ указалъ совершенно правильно, что надлежитъ говорить не только о борьбѣ за право, но и о борьбѣ для права. Эта послѣдняя борьба обнимаетъ собою какъ борьбу съ противной стороной юридическаго отношенія за свое субъективное право, такъ и умѣніе побороть собственное увлеченіе формальной выгодой и отказаться отъ несправедливаго по существу притязанія во имя торжества конечной цѣли объективнаго права.

Разсмотрѣвъ вопросъ о борьбѣ за субъективное право, мы убѣждаемся, что для достиженія конечной цѣли объективнаго права необходимо, чтобы свобода распоряженія субъективнымъ правомъ опредѣлялась не только личнымъ интересомъ, но и нравственнымъ долгомъ управомоченнаго субъекта по отношенію къ обществу. Нравственный долгъ оказывается такимъ образомъ регулятивомъ свободнаго осуществленія субъективнаго права, и предписанія морали выступаютъ въ качествѣ восполненія формальныхъ недостатковъ права, восполненія, необходимаго для достиженія конечной цѣли права. Такое положеніе дѣла вполнѣ сознавалось еще классическими римскими юристами. Ульпіанъ отно-

силъ къ числу «наставленій права» не только требованіе «не наносить ущерба другому» и «воздавать всякому свое», но и предписаніе «жить честно», причемъ ставилъ послѣднее на первое мѣсто (Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). Понятіе «честной жизни» обнимало собою въ римской юриспруденціи долгъ соразмѣрять осуществленіе своего субъективнаго права съ началомъ матеріальной справедливости, ибо, какъ говорилъ юристъ Павелъ, не все, что дозволено, въ то же время и честно (non omne, quod licet, honestum est). Безпомощность права, не опирающагося въ своемъ осуществленіи на нравственность, имѣлъ въ виду Цицеронъ, когда риторически вопрошалъ: что пользы въ однихъ законахъ безъ нравственности? (Quid leges sine moribus vanae proficiunt?)

Всякое субъективное право должно осуществляться добросовѣстно (bona fide), причемъ эта добросовѣстность должна быть понимаема въ широкомъ моральномъ смыслѣ, а не только въ узкомъ смыслѣ отсутствія завѣдомаго противорѣчія праву. Право надлежитъ осуществлять, какъ говорили римскіе юристы, civiliter, гражданственно, въ соотвѣтствіи съ долгомъ гражданина предъ обществомъ и государствомъ. Добросовѣстность и гражданственность обозначаютъ въ данномъ случаѣ осуществленіе права въ согласіи съ тѣми цѣлями, которыя ставитъ субъективному праву объективный правопорядокъ. Использованіе субъективнаго права ради другихъ, чуждыхъ и тѣмъ болѣе противныхъ объективному правопорядку цѣлей подтачиваетъ основы правопорядка и порождаетъ общественное зло, которое современный намъ бельгійскій юристъ Пикаръ мѣтко назвалъ «юридическимъ паразитствомъ» (le parasitisme juridique). Зло это большое и весьма опасное, потому что всякое предписаніе права можно недобросовѣстно извратить ради враждебной праву цѣли, оставаясь при этомъ въ рамкахъ формальной правомѣрности. Институтъ имущественной раздѣльности супруговъ установленъ съ цѣлью обезпеченія самостоятельнаго положенія замужней женщины, но его можно использовать недобросовѣстно въ своекорыстныхъ цѣляхъ мужа. Приступая къ предпріятію рискованнаго или сомнительнаго характера, мужъ заранѣе переписываетъ свое имущество на имя жены, съ тѣмъ чтобы поставить его внѣ досягаемости для возможныхъ въ будущемъ взысканій со стороны кредиторовъ или со стороны казны. Въ нашей изящной литературѣ достаточно ярко обрисованъ типъ чиновника-взяточника, пріобрѣтающаго домишки и деревеньки на имя жены.

Сколь ни важно, чтобы субъективныя права осуществлялись нравственно-добросовѣстно въ соотвѣтствіи съ общественной цѣлью объективнаго права, правопорядокъ не можетъ установить принудительнаго требованія такой добросовѣстности и формально обусловить ею допустимость осуществленія субъективнаго права. Такой способъ обезпеченія матеріальной справедливости привелъ бы къ упраздненію индивидуальной свободы, а торжества матеріальной справедливости все же бы не доставилъ, потому что нѣтъ внѣшнихъ объективно распознаваемыхъ признаковъ, по которымъ можно бы отличить во всякомъ данномъ случаѣ добросовѣстное осуществленіе права отъ недобросовѣстнаго. Въ виду этого остается одинъ возможный выходъ для положительнаго права, — передать осуществленіе

права на совѣсть управомоченныхъ субъектовъ и придерживаться формальнаго принципа свободы распоряженія субъективнымъ правомъ. Эта свобода даетъ возможность управомоченному добровольно вносить въ неизбѣжное несовершенство права требуемый нравственный коррективъ.

Предполагая, что управомоченные субъекты дѣйствуютъ въ согласіи съ общественной цѣлью права, положительное право въ вопросѣ объ осуществленіи субъективныхъ правъ придерживается провозглашеннаго еще римской юриспруденціей принципа — neminem laedit, qui suo iure utitur (никому не причиняетъ ущерба тотъ, кто пользуется своимъ правомъ). Изъ этого принципа слѣдуетъ полная безпрепятственность въ осуществленіи субъективнаго права до послѣднихъ законныхъ его предѣловъ, что находится въ строгомъ соотвѣтствіи съ отмѣченнымъ нами выше требованіемъ исполненія юридической обязанности вплоть до полнаго насыщенія притязанія активной стороны юридическаго отношенія.

Принципъ neminem laedit, qui suo iure utitur покоится на представленіи о томъ, что существуетъ извѣстное соотношеніе между выгодой управомоченнаго субъекта и тяготой субъекта обязаннаго, которое при данныхъ условіяхъ общежитія признается справедливымъ. Положительное право въ своей нормировкѣ юридическихъ отношеній исходитъ именно изъ этого справедливаго мѣрила распредѣленія взаимныхъ выгодъ и тяготъ между членами общежитія. Поэтому осуществленіе притязанія, доставляющее выгоду управомоченному субъекту, налагаетъ на субъекта обязанности только ту тяготу, которая признана справедливою, и, слѣдовательно, не можетъ разсматриваться какъ причиненіе ущерба пассивной сторонѣ юридическаго отношенія.

Таковъ принципъ, вполнѣ соотвѣтствующій абстрактной оцѣнкѣ явленій. Прямолинейное проведеніе этого принципа во всѣхъ случаяхъ конкретной жизни безъ исключенія можетъ привести однако къ послѣдствіямъ, не соотвѣтствующимъ исходному положенію и расходящимся съ конечною цѣлью права, направленной на водвореніе матеріальной справедливости. Причина возможности подобныхъ уклоненій и такого расхожденія коренится въ извѣстныхъ намъ свойствахъ права, — типологическомъ характерѣ и формализмѣ его предположеній и предписаній. При переходѣ отъ типическаго случая къ конкретному и отъ формальнаго предписанія къ воплощенію его на практикѣ можетъ оказаться, что полномочіе, формально предоставленное управомоченному субъекту, въ иныхъ своихъ проявленіяхъ не связано для него съ реальной выгодой; осуществленіе такого правомочія все же повлечетъ за собою несеніе субъектомъ обязанности опредѣленной тяготы, которая не будетъ уже служить средствомъ для удовлетворенія реальной выгоды, утратитъ свое справедливое основаніе и превратится вслѣдствіе этого въ безсмысленное съ общественной точки зрѣнія бремя для обязаннаго, и будетъ восприниматься имъ какъ произвольно наносимый ущербъ. Возможно далѣе, что извѣстная обязанность, вполнѣ исполнимая для абстрактнаго случая и человѣка и потому вполнѣ справедливая въ типической своей формѣ, окажется въ частномъ случаѣ и для конкретнаго лица тягостной не въ мѣру соотвѣтствія выгодѣ активной стороны и потому будетъ явно несправедливой. Подобные случаи рѣшительно противорѣчатъ принципу neminem laedit, qui suo iure utitur. Если и въ этихъ случаяхъ

осуществленіе субъективнаго права останется безпрепятственнымъ, то дѣятельность управомоченнаго субъекта по использованію своего права во всѣхъ его возможныхъ проявленіяхъ и до послѣднихъ его предѣловъ разойдется съ дѣйствительною цѣлью положительнаго права.

Еще въ римской юриспруденціи обращено было вниманіе на случаи осуществленія субъективнаго права не ради удовлетворенія законныхъ интересовъ управомоченнаго, а съ исключительною цѣлью причинить вредъ правообязанному. Такого рода осуществленіе признавалось не только негражданственнымъ и недобросовѣстнымъ, но и прямо таки злостнымъ. Въ отношеніи къ нему римскіе юристы отступали отъ принципа neminem laedit qui suo iure utitur (или qui suo iure utitur nemini facit iniuriam) и выставляли другое начало: malitiis non est indulgendum (не должно потворствовать проявленіямъ злостности). Вопросъ о злонамѣренномъ осуществленіи права получилъ дальнѣйшее развитіе въ западно-европейской, преимущественно германской юриспруденціи въ эпоху рецепціи римскаго права. Сложилось цѣлое ученіе о дѣяніяхъ, совершаемыхъ управомоченнымъ субъектомъ на зло (ad aemulationem). Совершаемыми на зло почитались такіе акты осуществленія субъективнаго права, которые предпринимались не ради личной пользы управомоченнаго и не въ силу испытываемой имъ необходимости, а главнымъ образомъ ради намѣреннаго причиненія обиды и вреда сторонѣ обязанной (Omnia ad aemulationem fieri intelliguntur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non ultilitatis vel necessitatis propriae gratia fiunt, seu quae fiunt, non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant). Такимъ образомъ установился взглядъ, что свободное и безпрепятственное осуществленіе субъективнаго права можетъ при извѣстныхъ условіяхъ, — отсутствіи собственной выгоды и намѣреніи нанести вредъ (animus nocendi) другой сторонѣ юридическаго отношенія, — выродиться въ злоупотребленіе правомъ, и что злоупотребленіе правомъ надлежитъ пресѣкать. Средствами пресѣченія являлись: либо отказъ въ искѣ лицу, злостно осуществляющему свое право, либо присужденіе къ вознагражденію за вредъ, причиненный обязанной сторонѣ злоупотребленіемъ правомъ со стороны управомоченнаго.

Такого рода отношеніе къ злоупотребленію правомъ нашло себѣ законодательное признаніе въ одномъ изъ уложеній XVIII вѣка, — въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Слѣдуя принципу neminem laedit, qui suo iure utitur, Прусскій Ландрехтъ выставилъ общее правило, что не подлежитъ возмѣщенію тотъ уронъ, который причиняется осуществленіемъ субъективнаго права. Но тутъ же сдѣлано исключеніе для тѣхъ случаевъ, когда изъ нѣсколькихъ способовъ осуществленія права преднамѣренно избранъ управомоченнымъ субъектомъ тотъ способъ, который былъ наиболѣе отяготительнымъ для обязаннаго субъекта и потому оказался предосудительнымъ.

Въ XIX столѣтіи, особенно во второй его половинѣ, усилилось изученіе и углубилось пониманіе соціальной обстановки, въ которой слагаются юридическія нормы и реализуются юридическія отношенія. Подъ этимъ вліяніемъ выработалась особая чувствительность къ конкретнымъ проявленіямъ несоотвѣтствія индивидуальныхъ цѣлей управомоченнаго субъекта тѣмъ соціальнымъ цѣлямъ, которыя имѣетъ въ виду юридическая норма, надѣля-

ющая его притязаніемъ. Понятно, что при этихъ условіяхъ злоупотребленіе правомъ привлекаетъ къ себѣ особенное вниманіе и теоріи права, и законодательства, и судебной практики.

Германское Гражданское Уложеніе узаконяетъ, что осуществленіе права не допустимо, если оно можетъ имѣть единственной цѣлью причиненіе другому вреда. Швейцарское Гражданское Уложеніе отказываетъ явному злоупотребленію правомъ въ судебной защитѣ.

Хотя во французскомъ законодательствѣ и нѣтъ статьи, которая прямо предусматривала бы общій вопросъ о злоупотребленіи правомъ, тѣмъ не менѣе судебная практика во Франціи широко разработала ученіе о злоупотребленіи правомъ (l'abus de droit). Въ случаяхъ признаннаго злоупотребленія правомъ французскіе суды присуждаютъ злостно дѣйствовавшаго управомоченнаго субъекта къ вознагражденію вреда и убытковъ, причиненныхъ другой сторонѣ юридическаго отношенія. Судебная практика и юриспруденція во Франціи признаютъ наличность злоупотребленія правомъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда управомоченный субъектъ осуществляетъ свое право съ цѣлью, чуждой объективной цѣли положительнаго права, именно, — недобросовѣстно, безъ выгоды для себя, но съ цѣлью причинить вредъ другой сторонѣ юридическаго отношенія. Для поясненія можно привести слѣдующій примѣръ. Всякое безсрочное обязательство подлежитъ прекращенію въ любой моментъ; однако, когда хозяинъ какого либо предпріятія отказываетъ лицу, работающему у него по безсрочному договору найма, внезапно, безъ мотивировки отказа или вообще въ необычныхъ условіяхъ, суды считаютъ это злоупотребленіемъ правомъ и присуждаютъ произвольно отказавшаго къ возмѣщенію вреда и убытковъ противной сторонѣ.

Ученіе о злоупотребленіи правомъ разработано главнымъ образомъ примѣнительно къ частному праву. Несомнѣнно однако, что злоупотребленіе правомъ возможно и въ правѣ публичномъ, притомъ не только относительно правъ свободы, но и относительно правъ властвованія. Въ послѣднемъ отношеніи заслуживаютъ особеннаго вниманія злоупотребленіе правами дискреціонной власти со стороны должностныхъ лицъ администраціи. Теорія административнаго права во Франціи различаетъ особый видъ административныхъ правонарушеній должностныхъ лицъ, извѣстныхъ подъ названіемъ извращенія власти (le détournement de pouvoir) и обнимающихъ собою тѣ случаи, когда административное лицо осуществляетъ свою дискреціонную власть вполнѣ правомѣрно, но не для той цѣли, для которой она ему предоставлена. Такъ, напр., полиція имѣетъ право регулировать движеніе извощиковъ съ цѣлью обезпеченія безопасности публики. Если префектъ полиціи запретитъ опредѣленному извощику ѣзду по нѣкоторымъ улицамъ или пріѣздъ на нѣкоторые вокзалы, то такое его распоряженіе, преслѣдующее очевидно не предусматриваемую закономъ, а какую то другую, чуждую закону цѣль, будетъ признано извращеніемъ власти. Распоряженія, представляющія извращеніе власти, подлежатъ отмѣнѣ, и пострадавшая отъ нихъ сторона получаетъ право на вознагражденіе за вредъ и убытки. Извращеніе власти можетъ быть разсматриваемо какъ злоупотребленіе правомъ.

§ 27. НЕПРАВОМѢРНЫЕ ПОСТУПКИ

E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III. Band, 1905; Henri Rolin, Prolégomènes à la science du droit, 1911, p. 130 suiv.; J. Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, 1911, VIII Кар.; Л. І. Петражицкій, Теорія права, томъ I, § 9; Т. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. III, глава XI; И. Я. Фойницкій, Ученіе о наказаніи, 1889 г.; Н. С. Таганцевъ, Русское уголовное право. Лекціи, изд. 2-ое, 1902 г., т. I—II; М. П. Чубинскій, Курсъ уголовной политики, изд. 2-ое, 1912 г.; А. А. Жижиленко, Наказаніе. Его понятіе и отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ, 1914 г.; П. Сорокинъ, Преступленіе и кара, подвигъ и награда, съ предисловіемъ М. М. Ковалевскаго, 1914 г.

По отношенію къ праву лицо выступаетъ въ двоякомъ качествѣ: либо какъ субъектъ обязанности, либо какъ субъектъ притязанія. И въ томъ, и въ другомъ качествѣ возможно уклоненіе лица отъ предписаній юридической нормы, и, слѣдовательно, возможна неправомѣрная дѣятельность. Неправомѣрнымъ поступкомъ субъекта обязаннаго будетъ неисполненіе имъ лежащей на немъ обязанности. Неисполненіе обязанности заключается въ несоблюденіи поведенія, требуемаго закономъ, т. е. въ несовершеніи дѣйствій, требуемыхъ юридической нормой (при обязанности дѣлать), или въ совершеніи дѣяній, запрещенныхъ юридической нормой (при обязанности не дѣлать или терпѣть). Что касается управомоченнаго субъекта, то неправомѣрными будутъ всѣ тѣ его дѣйствія, направленныя противъ пассивной стороны юридическаго отношенія, которыя выходятъ за предѣлы предоставленныхъ ему юридической нормой полномочій. Совершая такое дѣйствіе, управомоченный субъектъ не исполняетъ общей своей обязанности подчиненія праву. Такимъ образомъ мы видимъ, что во всякомъ неправомѣрномъ поступкѣ, совершенъ ли онъ активной или пассивной стороной юридическаго отношенія имѣется всегда неисполненіе обязанности. Въ виду двусторонняго характера юридической нормы всякій неправомѣрный поступокъ является не только неисполненіемъ обязанности, но и нарушеніемъ чьего либо субъективнаго права. Неправомѣрный поступокъ субъекта обязанности нарушаетъ субъективное право активной стороны юридическаго отношенія, такъ какъ не даетъ удовлетворенія ея правомѣрному притязанію. Неправомѣрный поступокъ управомоченнаго субъекта нарушаетъ субъективное право пассивной стороны юридическаго отношенія, заключающееся въ правомѣрномъ притязаніи на то, чтобы съ нея не требовали большаго, чѣмъ на нее налагаетъ въ видѣ обязанности юридическая норма.

Лицо, совершающее неправомѣрный поступокъ, выходитъ изъ повиновенія праву. Въ психикѣ его поведенія мотивъ подчиненія праву оказался либо совершенно отсутствующимъ, либо дѣйствовавшимъ слабѣе другихъ мотивовъ, опредѣлившихъ его къ неправомѣрному дѣйствію. Такъ какъ дѣйствіе права въ конечномъ итогѣ опирается на добровольное повиновеніе (см. § 8), то моральное состояніе лица, совершившаго неправомѣрный поступокъ, имѣетъ важное значеніе.

На основаніи сказаннаго необходимо различать во всякомъ неправомѣрномъ поступкѣ два элемента: 1) объективный, — т. е. внѣшній фактъ неисполненія обязанности и нарушенія чужого права, и 2) субъективный, — т. е. внутреннее моральное состояніе лица, дерзнувшаго совершить неправомѣрный поступокъ.

Всякій неправомѣрный поступокъ представляетъ собою общественное зло, — матеріальное со стороны объективнаго элемента этого поступка, и моральное со стороны его субъективнаго элемента. Право характеризуется, какъ это неоднократно отмѣчалось нами выше, прямой объективностью своей задачи, т. е. стремленіемъ къ тому, чтобы проводимое имъ добро объективно не проявлялось. Въ виду этого само собою понятно, что правопорядокъ по самому существу своему не допускаетъ непротивленія злу, проявляющемуся въ неправомѣрныхъ поступкахъ, и требуютъ, напротивъ того, планомѣрнаго противленія ему. Противленіе правонарушенію является вмѣстѣ съ тѣмъ моральнымъ удовлетвореніемъ потерпѣвшаго. Расчитанное въ своемъ дѣйствіи на средняго человѣка, право не можетъ требовать отъ него всепрощенія и должно принимать въ соображеніе то моральное удовлетвореніе, которое доставляетъ потерпѣвшему реакція правопорядка противъ правонарушенія. Такое моральное удовлетвореніе является необходимымъ слѣдствіемъ притязанія, предоставляемаго активному субъекту юридическаго отношенія.

Первой задачей правопорядка въ дѣлѣ противленія правонарушеніямъ является ихъ предупрежденіе. Непосредственная мѣра предупрежденія предвидимаго по внѣшнимъ признакамъ правонарушенія заключается въ напоминаніи соотвѣтственному лицу о необходимости правомѣрнаго поведенія. Въ частноправовыхъ отношеніяхъ мѣрою предупрежденія служитъ самое предъявленіе притязанія, а также возраженіе со стороны субъекта обязанности. Предъявленіе притязанія является внѣшнимъ побужденіемъ къ исполненію обязанности и въ этомъ смыслѣ способно предупредить правонарушеніе. Сюда же относится вызовъ должника, предвареніе его о вчиненіи иска или простое предвареніе должника о просрочкѣ. Возраженіе обязаннаго лица противъ предъявленія ему притязаній, выходящихъ за предѣлы, установленные юридической нормой, также можетъ предотвратить возможное со стороны управомоченнаго субъекта правонарушеніе. Въ публичноправовыхъ отношеніяхъ прибѣгаютъ для предупрежденія правонарушеній къ особымъ воззваніямъ со стороны органовъ власти къ населенію съ напоминаніемъ о соотвѣтственныхъ обязанностяхъ. Такое же значеніе имѣютъ разнаго рода предупреждающія объявленія, которыя вывѣшиваются въ публичныхъ библіотекахъ, музеяхъ и иныхъ общественныхъ мѣстахъ. Предупреждаются правонарушенія также спеціальнымъ надзоромъ за лицами подозрительными и устраненіемъ лицъ опасныхъ путемъ задержанія, высылки, интернированія въ лѣчебницахъ и тому подобныхъ мѣръ, принимаемыхъ къ обезпеченію безопасности.

Если не удалось предупредить правонарушеніе, то дальнѣйшимъ шагомъ въ дѣлѣ противленія этому общественному злу является стремленіе пресѣчь его. Пресѣченіе правонарушенія можетъ выразиться либо въ противодѣйствіи акту совершаемаго преступленія и въ пріостановкѣ неправомѣрной дѣятельности, либо въ прекращеніи неправомѣрнаго состоянія, разъ правонарушеніе не исчерпывается однимъ актомъ и носитъ длящійся характеръ. Правонарушенія пресѣкаются органами государственной власти, или же отдѣльными частными лицами, смотря по тому, кому принадлежитъ иниціатива въ дѣлѣ охраны права, о чемъ будетъ рѣчь ниже. Пресѣченіе, какъ самостоятельный актъ противленія, возможно при явной неправомѣр-

ности дѣянія и извѣстности лица, его совершающаго. Въ цѣломъ рядѣ случаевъ, однако, и опредѣленіе характера дѣянія и лица, его совершившаго, требуетъ особаго достовѣрнаго установленія. Такое установленіе производится спеціальнымъ органомъ государственной власти, предназначеннымъ для рѣщенія сомнѣній и споровъ о правомѣрности дѣйствій, а также конфликтовъ, порождаемыхъ неправомѣрными поступками. Такимъ органомъ государственной власти является судъ, установленный для охраны права.

Судъ приступаетъ къ своей правоохранительной дѣятельности не иначе, какъ вслѣдствіе обращенія къ нему лицъ и учрежденій, имѣющихъ право или обязанность возбуждать реакцію правопорядка противъ совершившагося правонарушенія. Въ области частныхъ отношеній инціатива судебной охраны права предоставлена частнымъ лицамъ, субъективныя права которыхъ нарушены. Инціатива эта предоставлена управомоченнымъ субъектамъ въ качествѣ ихъ субъективнаго права (искового притязанія) и отнюдь не вмѣняется имъ въ обязанность. Такая постановка дѣла вполнѣ соотвѣтствуетъ основному принципу свободнаго распоряженія субъективными частными правами, въ понятіе котораго входитъ и свобода терпѣть нарушеніе ихъ. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать старое юридическое правило: volenti non fit iniuria, — нѣтъ обиды, нѣтъ правонарушенія по отношенію къ тому, кто этого желаетъ, т. е. терпитъ и допускаетъ, чтобы нарушали его права. Государственная власть не принимаетъ на себя функціи слѣдить за ненарушеніемъ частныхъ правъ: она даетъ охрану только по инціативѣ потерпѣвшаго. Всякій самъ долженъ слѣдить за тѣмъ, чтобы его частныя права никѣмъ не нарушались. Поэтому относительно частнаго права сохраняетъ всю свою силу старая юридическая формула: iura vigilantibus sunt scripta (права написаны для бдительныхъ людей). Въ области публичныхъ отношеній инціатива охраны права составляетъ функцію подлежащихъ органовъ государственной власти, т. е. ихъ право и обязанность. Изъятіе составляютъ только субъективныя публичныя права частныхъ лицъ (т. н. права свободы). Они, какъ намъ уже извѣстно, предоставлены свободному распоряженію управомоченныхъ субъектовъ, и потому инціатива судебной защиты ихъ также предоставлена свободному усмотрѣнію управомоченнаго субъекта.

Первая и основная задача суда заключается въ установленіи неправомѣрнаго поступка и въ признаніи его таковымъ, правонарушеніемъ, т. е. въ осужденіи правонарушенія. Осужденіе составляетъ существенный моментъ въ реакціи правопорядка противъ правонарушенія. Оно подтверждаетъ незыблемость той оцѣнки, которую даютъ человѣческому поведенію юридическія нормы, и свидѣтельствуетъ о дѣйственности правопорядка, несмотря на совершившійся фактъ нарушенія той или другой нормы и вытекающаго изъ нея субъективнаго права.

Вторая задача заключается въ примѣненіи къ данному, установленному и осужденному, правонарушенію тѣхъ мѣръ реакціи, которыя предписываются положительнымъ правомъ.

Реакція правопорядка направляется какъ на объективную, такъ и на субъективную сторону правонарушенія.

Реакція правопорядка, направленная на объективную сторону правонарушенія, состоитъ изъ ряда мѣръ, которыя преслѣдуютъ цѣль возстано-

вить дѣйствіе права въ данномъ случаѣ, и, если это по обстоятельствамъ дѣла не возможно, загладить вредныя послѣдствія правонарушенія. Здѣсь на первомъ мѣстѣ слѣдуетъ поставить приказъ суда правонарушителю исполнить нарушенную имъ обязанность. Таковъ, нпр., приказъ суда неисправному должнику уплатить долгъ, нарушившему чужое владѣніе очистить неправильно занятый участокъ земли, растратившему чужія деньги возмѣстить растрату и т. п. Осужденный правонарушитель можетъ добровольно подчиниться приказу суда и такимъ образомъ исполнить ранѣе нарушенную обязанность. Если онъ этого не сдѣлаетъ, наступаетъ принудительное исполненіе нарушенной имъ обязанности, т. е. исполненіе помимо его воли и за его счетъ. Таковы: опись и продажа имущества должника для удовлетворенія кредитора, принудительное удаленіе лица, нарушившаго чужое владѣніе, и т. п. Несвоевременное исполненіе обязанности обязаннымъ можетъ принести управомоченному субъекту вредъ и убытки, которые не устраняются послѣдующимъ добровольнымъ или принудительнымъ исполненіемъ этой обязанности. Въ такихъ случаяхъ правонарушитель присуждается сверхъ исполненія обязанности къ возмѣщенію вреда и убытковъ потерпѣвшему. Возмѣщеніе вреда и убытковъ оказывается единственной мѣрой реакціи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда добровольное и тѣмъ болѣе принудительное исполненіе обязанности оказывается невозможнымъ. Нпр., обязанный по договору артистъ не явился, и спектакль не состоялся; никакое послѣдующее исполненіе упущенной обязанности здѣсь не возможно; остается одно лишь возмѣщеніе вреда и убытковъ антрепренеру.

Реакція, направляемая на субъективную сторону правонарушенія, заключается въ возмездіи правонарушителю. Возмездіе это состоитъ въ соединеніи съ правонарушеніемъ извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя. Такое соединеніе съ нарушеніемъ нормы невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя извѣстно подъ названіемъ *санкціи*. По различію санкціи юридическія нормы дѣлятъ на совершенныя (leges perfectae), менѣе чѣмъ совершенныя (minusquamperfectae), болѣе чѣмъ совершенныя (plusquamperfectae) и несовершенныя (imperfectae).

Совершенными называются такія юридическія нормы, которыя, подобно законамъ естественнымъ, не могутъ быть нарушены. Это значитъ, что дѣйствіе, совершенное вопреки ихъ предписаніямъ, не приводитъ къ тому юридическому эффекту, котораго добивается учинитель. Санкція этихъ нормъ заключается въ признаніи юридической недѣйствительности дѣйствій, совершенныхъ въ обходъ или нарушеніе нормы. Таковы, нпр., нормы, устанавливающія особый (крѣпостной или ипотечный) порядокъ пріобрѣтенія права поземельной собственности, требующія церковнаго вѣнчанія для заключенія брака. Иныя, кромѣ предписанной, формы совершенія покупки земли не ведутъ къ пріобрѣтенію собственности; безъ церковнаго вѣнчанія не можетъ быть брака.

Менѣе совершенными называются тѣ нормы права, при нарушеніи которыхъ соотвѣтственный юридическій эффектъ достигается, но правонарушитель подвергается наказанію. Таковы, нпр., нормы, требующія для вступленія въ бракъ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, разрѣшенія начальства, и облагающія гербовымъ сборомъ совершеніе

гражданскихъ сдѣлокъ. Заключеніе брака безъ разрѣшенія начальства признается дѣйствительнымъ, но правонарушитель подвергается наказанію. Дѣйствительна и гражданская сдѣлка, не оплаченная гербовымъ сборомъ, но не уплатившіе послѣдняго подлежатъ оштрафованію.

Болѣе чѣмъ совершенными называются нормы права, нарушеніе которыхъ не только не даетъ юридическаго обезпеченія тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдуетъ правонарушитель, но и влечетъ за собою наказаніе правонарушителя. Такова, напр., юридическая норма, запрещающая кражи. Совершившій кражу не только не пріобрѣтаетъ права собственности на украденную вещь, но и подвергается наказанію.

Наконецъ, несовершенными называютъ нормы права, лишенныя юридической санкціи. Таковы юридическія нормы, опредѣляющія устройство и дѣятельность верховныхъ органовъ государственной власти, — монарха, народнаго представительства, а также нормы международнаго права. Отсутствіе въ нихъ юридической санкціи объясняется отсутствіемъ высшаго надъ ними органа, который могъ бы принудительно примѣнять къ правонарушителямъ невыгодныя для нихъ послѣдствія. Несовершенныя нормы права обезпечиваются въ своемъ исполненіи моральной и соціальной санкціей. Нарушеніе ихъ въ конечномъ итогѣ можетъ привести къ фактическому перевороту, — отказъ въ повиновеніи властямъ, разрыву международныхъ отношеній, революціи, войнѣ.

Среди разнаго рода юридическихъ санкцій особое мѣсто принадлежитъ наказанію. Наказаніе представляетъ собою принудительное вторженіе въ сферу правовыхъ благъ правонарушителя. Оно заключается во временномъ или постоянномъ отнятіи какъ личныхъ правовыхъ благъ, такъ и имущественныхъ. Таковы: ограниченіе или лишеніе правоспособности, лишеніе свободы, лишеніе жизни (смертная казнь), конфискація имущества, денежный штрафъ и т. п. Только на низшихъ ступеняхъ культуры наказаніе осуществляется частными лицами (месть); съ развитіемъ культуры наложеніе наказанія становится исключительной функціей публичной (родовой, общинной), въ особенности, — государственной власти.

Правонарушенія, совершеніе которыхъ влечетъ за собою наказаніе для правонарушителя, выдѣляются въ особый видъ т. н. уголовныхъ правонарушеній, или преступленій. Имъ противополагаются правонарушенія гражданскія, за которыя нѣтъ наказанія и слѣдуетъ санкція иного, не карательнаго въ тѣсномъ смыслѣ, характера, главнымъ образомъ, — вознагражденіе потерпѣвшаго за понесенные вредъ и убытки.

Грань, отдѣляющая гражданскія правонарушенія отъ уголовныхъ, исторически подвижна. Отдѣльныя правонарушенія въ порядкѣ историческаго развитія переходятъ изъ одной области въ другую. Неисправный должникъ нѣкогда подвергался тюремному заключенію; современное право признаетъ неуплату долга чисто гражданскимъ правонарушеніемъ. Въ опредѣленіи того, что преступно и что не преступно, расходятся и современныя законодательства разныхъ странъ. Поэтому трудно и даже невозможно дать исчерпывающее опредѣленіе матеріальнаго критерія, въ силу котораго правонарушеніе облагается наказаніемъ и пріобрѣтаетъ уголовный характеръ. Можно лишь общимъ образомъ сказать (слѣдуя Листу, Таганцеву,

Чубинскому и др.), что граница между гражданскимъ и уголовнымъ правонарушеніемъ проводится по соображеніямъ цѣлесообразности и въ зависимости отъ роста и состоянія въ данномъ обществѣ культуры. Цѣлесообразность заставляетъ признать уголовный характеръ за тѣми правонарушеніями, которыя представляются наиболѣе вредными для общества, и въ совершеніи которыхъ проявляется наиболѣе злостная и опасная для правопорядка воля. Опредѣленіе вредоносности дѣянія и соціальной опасности дѣятеля видоизмѣняется въ зависимости отъ развитія культуры.

Такъ какъ наказаніе налагается государственной властью, то нормы, опредѣляющія уголовное нарушеніе, относятся къ публичному праву. Публичный характеръ уголовныхъ правонарушеній отражается на порядкѣ возбужденія противъ нихъ судебной охраны. Иниціатива въ данномъ случаѣ принадлежитъ органамъ государственной власти, которые осуществляютъ ее ex officio. Исключеніе составляютъ нѣкоторыя преступленія, преслѣдованіе которыхъ совершается въ порядкѣ частной иниціативы, напр., оскорбленіе чести. Подробности даннаго вопроса подлежатъ изученію въ уголовномъ правѣ.

Такъ какъ наказаніе является возмездіемъ лицу правонарушителя и соединено съ принудительнымъ вторженіемъ въ сферу его правовыхъ благъ, то понятно, что примѣненіе наказанія имѣетъ разумный смыслъ только въ томъ случаѣ, когда преступленіе дѣйствительно можетъ быть вмѣнено въ вину его учинителю и послѣдній можетъ быть признанъ морально отвѣтственнымъ за него. Моральная отвѣтственность за совершаемые поступки возможна лишь тогда, когда лицо способно понимать свойства и значеніе совершаемаго имъ дѣянія и управлять своими дѣйствіями. Такая способность лица называется вмѣняемостью. Для признанія вмѣняемости требуется извѣстная моральная зрѣлость лица, опредѣляемая въ правѣ достиженіемъ опредѣленнаго возраста, и нормальное психическое состояніе.

Являясь необходимымъ для оправданія дѣйственности правопорядка возмездіемъ правонарушителю, наказаніе въ то же время имѣетъ цѣлью предотвращать возможныя правонарушенія въ будущемъ. Уже самая угроза наказаніемъ, имѣющаяся въ положительномъ правѣ, можетъ воздѣйствовать на волю людей въ видѣ особаго мотива, удерживающаго ихъ отъ преступной дѣятельности. Такое же и, быть можетъ, еще большее значеніе имѣетъ приведеніе наказанія въ исполненіе. Угроза наказаніемъ и наглядный примѣръ ея осуществленія могутъ оказать свое дѣйствіе на людей слабовольныхъ, нравственно неустойчивыхъ и удержать ихъ отъ уклоненія на путь преступной дѣятельности. Наказаніе имѣетъ цѣлью воздѣйствовать не только на другихъ, но и на самого преступника, въ смыслѣ предотвращенія его отъ дальнѣйшей преступной дѣятельности. Послѣдняя цѣль въ прежнее время достигалась чисто механически путемъ изувѣченія преступника, лишавшаго его возможности активной дѣятельности, или же путемъ пожизненнаго заключенія, наконецъ, путемъ усиленнаго примѣненія смертной казни. Въ новѣйшее время проявляется стремленіе поставить цѣлью наказанія исправленіе преступника. На служеніе этой цѣли расчитаны новѣйшія карательныя системы.

Ни частныя мѣры предупрежденія, ни наказаніе не въ состояніи предотвратить преступленій правонарушеній вообще. Тѣ недостатки и

извращенія моральнаго сознанія, воли и разумѣнія, которыя приводятъ къ правонарушеніямъ и преступной дѣятельности, не представляютъ собою только явленій индивидуальной жизни тѣхъ или другихъ лицъ, но находятся въ зависимости отъ той болѣе тѣсной соціальной среды, въ которой вырастаютъ и дѣйствуютъ люди, попадающіе на путь правонарушеній и преступленій. Нищета, невѣжество, безнадзорность дѣтей, особенно сиротъ, отсутствіе школьнаго обученія, паденіе религіозной вѣры, — вотъ тѣ условія, которыя порождаютъ преступность, и съ которыми не въ состояніи справиться слабыя силы индивида, пребывающаго въ подобной тяжелой обстановкѣ. Планомѣрная дѣятельность, направленная на устраненіе этихъ условій, на подъемъ матеріальнаго, моральнаго и религіознаго уровня массъ, иначе говоря, мѣры разумно понятой и добросовѣстно проводимой соціальной политики являются въ то же время лучшими и наиболѣе дѣйствительными мѣрами предупрежденія преступленій и правонарушеній. Кромѣ соціальныхъ факторовъ преступности признаются въ наукѣ и антропологическіе факторы, подъ которыми разумѣется прирожденное предрасположеніе отдѣльныхъ лицъ къ преступной дѣятельности, вызываемое главнымъ образомъ вырожденіемъ. Въ борьбѣ съ антропологическими факторами преступности мѣры соціальной политики имѣютъ лишь косвенное и потому недостаточное значеніе.

ГЛАВА IX. ИСТОРИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНІЕ ПРАВА

§ 28. ИСТОРИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНІЕ ПРАВА ДО ИСТОРИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ

А. Стояновъ, Методы разработки положительнаго права и общественное значеніе юристовъ отъ глоссаторовъ до конца XVIII ст., 1862 г., гл. II и IV; Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abt. (1880), X Кар., II Abt. (1884), XX Кар., III Abt., I Halbbd. (1898), I, IX Кар., II Halbbd. (1910), XIII. Кар.; П. И. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба, 1896 г., гл. I; Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ, очеркъ развитія его въ Германіи, 1914 г., гл. III; Лейбницъ и т. н. внѣшняя исторія права, (Ж. М. Н. Пр., 1906 г. мартъ); Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г., гл. VIII; Н. Н. Алексѣевъ, Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ, часть I, 1912 г., отд. I—II; Ѳ. В. Тарановскій, Замѣтки о Монтескье, 1913 г. (Юрид. Записки, кн. I).

Историческое изученіе права зародилось подъ вліяніемъ потребности догматической юриспруденціи въ историческомъ толкованіи законовъ. Потребность эта была впервые сознана съ полною отчетливостью представителями французской школы юристовъ XVI вѣка. Подъ вліяніемъ идей возрожденія французскіе юристы того времени измѣнили кореннымъ образомъ традиціонное отношеніе къ римскому праву, составлявшему главный объектъ изслѣдованія и разработки для научной юриспруденціи. Въ области филологіи, искусства и философіи возрожденіе знаменовало собою переходъ отъ непосредственнаго практическаго пользованія наслѣдіемъ античной культуры къ теоретическому его изученію, цѣлью котораго являлось стремленіе пріобрѣсти на основаніи изучаемыхъ образцовъ совершенные пріемы дальнѣйшаго культурнаго творчества. То же движеніе проявилось и въ юриспруденціи. На римское право перестали смотрѣть только какъ на готовый кодексъ, которымъ можно пользоваться въ судебной практикѣ. На него взглянули какъ на памятникъ величайшей юридической мудрости, который слѣдуетъ изучать для того, чтобы постигнуть самое искусство правового творчества. Такая точка зрѣнія ставила на очередь вопросъ о томъ, какъ сложились тѣ правоположенія, которыя вошли въ Corpus iuris civilis, и какой смыслъ имѣли они въ условіяхъ мѣста и времени, на которыя они были непосредственно расчитаны. Въ поискахъ отвѣта на этотъ вопросъ занялись историческимъ изученіемъ римскаго права. Съ одной стороны, стремились установить послѣдовательную смѣну

правоположеній, начиная съ законовъ XII таблицъ и вплоть до времени инкорпораціи при Юстиніанѣ; съ другой стороны, занимались раскрытіемъ подлиннаго смысла и значенія тѣхъ государственныхъ учрежденій, судебныхъ порядковъ, хозяйственныхъ и бытовыхъ отношеній, о которыхъ шла рѣчь въ текстѣ Юстиніанова Свода. Перваго рода изученіе приводило къ созданію исторіи законовъ, или исторіи права (historia legum, h. iuris); изъ изысканій второго рода сложилась особая дисциплина т. н. древностей права (antiquitates iuris). Древности права представляли полную аналогію съ общими древностями (antiquitates), или т. н. реаліями (realia), которыя разрабатывали съ эпохи возрожденія филологи новаго закала. Съ эпохи возрожденія перестали довольствоваться практическимъ обладаніемъ вульгарной латынью средневѣковья и обратились къ изученію классической латыни и греческаго языка непосредственно по древнимъ авторамъ. Встрѣчая у послѣднихъ цѣлый рядъ спеціальныхъ словъ и выраженій, и желая установить подлинный ихъ смыслъ, филологи обращались къ изученію реальныхъ отношеній древности, о которыхъ говорили классическіе авторы. Такимъ образомъ слагались реаліи, или древности филологовъ. Точно также разрабатывали свои древности и юристы.

Новое направленіе, выдвинутое французской школой, было воспринято въ Германіи и получило тамъ обстоятельную и систематическую обработку. Въ XVIII столѣтіи создалась въ Германіи обширная литература исторіи и древностей права, и объ эти дисциплины стали предметомъ университетскаго преподаванія.

Историческіе запросы въ правовѣдѣніи вызывались, начиная съ XVI вѣка, не однимъ лишь углубленнымъ изученіемъ римскаго права. Къ тому же побуждалъ юристовъ возникшій у нихъ въ то же время повышенный интересъ къ національному праву. Послѣдній возникъ вслѣдствіе образованія на развалинахъ феодализма новыхъ національныхъ государствъ. Здѣсь прежде всего вставалъ вопросъ объ облеченіи новыхъ политическихъ образованій въ юридическія формы и, слѣдовательно, о разработкѣ государственнаго права. Новыя государственныя учрежденія развились путемъ вѣковой практики; юридическимъ основаніемъ ихъ являлись обычаи, прецеденты и лишь въ незначительной степени законы, издававшіеся разновременно, и отдѣленные другъ отъ друга значительными промежутками. Чтобы установить незапамятные обычаи и привести въ связь разрозненные прецеденты и разновременные законы, приходилось неминуемо обращаться къ историческимъ справкамъ и изысканіямъ, такъ какъ только этимъ путемъ можно было установить догму дѣйствующаго государственнаго права. Новыя національныя государства стремились къ искорененію слѣдовъ былой зависимости отъ священной римской имперіи и къ обезпеченію полной своей политической самостоятельности. Въ духѣ этого стремленія государственная власть вытѣсняла, по крайней мѣрѣ оффиціально, римское право и заботилась о развитіи національнаго права. Національное право состояло главнымъ образомъ изъ юридическихъ обычаевъ, первоначальное происхожденіе которыхъ восходило къ незапамятной древности. Разработка національнаго права не могла обойтись безъ историческихъ изысканій. Такимъ образомъ наряду съ исторіей и древностями римскаго

права постепенно образовались исторія и древности національнаго права. Эти дисциплины создали особенно въ Германіи свою особую литературу и къ концу XVII столѣтія введены были въ систему преподаванія на юридическихъ факультетахъ германскихъ университетовъ.

Выросшая изъ расширившихся потребностей догматической юриспруденціи, исторія права представляла собою главнымъ образомъ хронологическій перечень послѣдовательной смѣны законовъ и обычаевъ, являлась своего рода юридическою лѣтописью. Въ лучшемъ случаѣ она возвышалась до уровня прагматическаго пониманія исторіи и тогда давала нѣкоторое объясненіе регистрируемымъ хронологически измѣненіямъ въ правѣ, выводя ихъ изъ практическихъ замысловъ законодателей. Древности права не носили характера даже лѣтописной исторіи. Задача ихъ сводилась къ тому, чтобы дать картину юридическаго быта временъ того или другого памятника права, который изучался догматически. Исторіей древности были лишь въ томъ смыслѣ, что занимались онѣ прошедшимъ и даже давно прошедшимъ временемъ, но это прошлое онѣ изображали въ состояніи покоя. Поэтому древности права излагались не въ хронологической послѣдовательности, а въ порядкѣ той или другой догматической системы въ видѣ реальнаго комментарія къ отдѣльнымъ ея частямъ.

Выдвинутое догматической юриспруденціей XVI столѣтія и окрѣпшее въ XVII вѣкѣ историческое изученіе права встрѣтилось на своемъ пути съ новымъ направленіемъ въ правовѣдѣніи, сложившимся въ томъ же XVII столѣтіи, — со школою естественнаго права. Спрашивается, какъ отразилось вліяніе послѣдней на научномъ развитіи исторіи права.

Принципіальное **отношеніе школы естественнаго права къ историзму** было отрицательное. Исторія совершенно не входила въ составъ теоретической проблемы, поставленной школою естественнаго права, и не привлекалась къ разрѣшенію практическихъ задачъ, которымъ школа служила. Въ духѣ раціоналистическаго и математическаго міровоззрѣнія школа естественнаго права стремилась постигнуть неизмѣнные законы общественнаго равновѣсія, которые она признавала столь же неподвижными, какъ и законъ всемірнаго тяготѣнія. Теоретическій интересъ школы исчерпывался общественной статикой (ученіемъ о равновѣсіи въ состояніи покоя). Вопросовъ общественной динамики (ученія о движеніи) школа совсѣмъ не ставила, и исторія не могла входить въ составъ ея теоретической проблемы. Съ точки зрѣнія практической школа естественнаго права стремилась къ выработкѣ единой разумной системы права и къ водворенію ея въ человѣчествѣ. Разумное, естественное право признавалось универсальнымъ, обязательнымъ для всѣхъ народовъ независимо отъ тѣхъ особенностей, которыя отличаютъ ихъ въ настоящемъ и въ прошломъ. Прошлое не представляло для школы естественнаго права никакого интереса. Оно относилось ко времени, предшествующему установленію разумныхъ началъ права, и рисовалось поэтому какъ длинный рядъ человѣческихъ заблужденій, обязанныхъ своимъ существованіемъ невѣжеству однихъ людей и недобросовѣстности другихъ. Изученіе этихъ заблужденій не представляетъ никакого интереса и не имѣетъ смысла, потому что путь разума единъ и познается онъ изъ разума же, а не чрезъ наблюденіе эмпирическихъ отъ него уклоненій.

Не смотря однако на прямое отрицаніе историзма, школа естественнаго права оказала косвенное вліяніе на научное развитіе исторіи права въ положительномъ смыслѣ.

Прежде всего и на исторіи права сказалось общее значеніе естественноправовой школы, заключающееся въ томъ, что школа эта вывела юриспруденцію изъ узкихъ рамокъ догматики и впервые поставила самостоятельную теоретическую проблему познанія права. Исторія права, какъ мы знаемъ, служила догматическимъ цѣлямъ. Подъ вліяніемъ раскрѣпощенія юриспруденціи отъ исключительнаго господства догматики и исторія права освобождалась отъ исключительнаго служенія послѣдней и пріобрѣтала самостоятельность. Правда, у исторіи права не было еще сознанія особенностей своей самостоятельной задачи, но открывалась для нея возможность развитія въ этомъ направленіи, и это уже было значительнымъ шагомъ впередъ.

Далѣе, важное значеніе для оживленія интереса къ историческому изученію права имѣло ученіе естественноправовой школы о происхожденіи общества. Общество выводилось школою естественнаго права изъ договора. Общественный договоръ являлся, въ сущности говоря, раціональной, математической формулой сочетанія и равновѣсія индивидуальныхъ интересовъ. Онъ выдвигался не какъ фактъ, а именно какъ формула, объясняющая фактъ сожитія людей въ обществѣ. Но такъ смотрѣли на общественный договоръ только корифеи школы, которые отдавали себѣ полный отчетъ въ раціоналистическомъ методѣ познанія. Рядовые послѣдователи школы не поднимались на такую высоту и, какъ это всегда почти бываетъ съ учениками, вульгаризовали мысли своихъ учителей. Они смотрѣли на первоначальный общественный договоръ какъ на историческій фактъ, только весьма отъ насъ отдаленный и потому не оставившій послѣ себя прямыхъ слѣдовъ. Этотъ фактъ необходимо возстановить по имѣющимся косвеннымъ даннымъ. Такимъ образомъ возникалъ оживленный и повышенный интересъ къ историческому изученію отдаленной древности, первоначальной, исконной старины. Въ это первоначальное время, которому предшествовало только дообщественное, естественное состояніе людей, заложены были истинныя основы общества. Человѣческая природа тогда еще не была извращена, и потому первоначальный строй общества покоился на естественныхъ, разумныхъ основахъ. Чтобы познать послѣднія, необходимо путемъ историческихъ изысканій возстановить картину древняго, исконнаго, первоначальнаго общественнаго строя. Возстановивъ его, необходимо затѣмъ выяснить, сохранились ли эти основы въ настоящемъ, или нѣтъ. Если нѣтъ, то возникаетъ потребность объяснить причины наступившаго извращенія первоосновъ. Удовлетворить эту потребность возможно только путемъ послѣдовательнаго изученія прошлаго отъ первоначала до нашихъ дней. Такимъ образомъ подъ косвеннымъ вліяніемъ школы естественнаго права поднимался интересъ къ историческому изученію, и создавалось своеобразное пониманіе историческаго процесса общества, какъ сохраненія или извращенія въ теченіе вѣковъ исконныхъ и истинныхъ основъ права. Въ этомъ именно духѣ написано было нѣмецкими, и особенно французскими юристами XVII—XVIII вѣковъ не мало изслѣдованій по исторіи права, особенно государственнаго.

Какъ уже отмѣчено, школа естественнаго права порывала узы исключительнаго догматизма, которыми была связана юриспруденція въ теченіе вѣковъ, и такимъ образомъ расчищала путь для постановки въ правовѣдѣніи самостоятельной исторической проблемы. Послѣдняя и была выдвинута впервые еще въ эпоху расцвѣта естественноправовой школы. Смѣлый замыселъ этого рода принадлежалъ извѣстному философу Лейбницу. Онъ видѣлъ въ исторіи дѣйствіе закона непрерывности движенія, и въ глазахъ его настоящее было «заряжено прошедшимъ и чревато будущимъ». При такой точкѣ зрѣнія исторія вызывала въ Лейбницѣ вполнѣ самостоятельный интересъ, какъ единственный ключъ къ раскрытію смысла настоящаго и какъ руководящая нить къ предвидѣнію будущаго. Историческій процессъ представлялся Лейбницу не скопленіемъ случайныхъ событій, но своего рода планомѣрнымъ развитіемъ извѣстныхъ началъ, подлежащихъ постепенному осуществленію. Однимъ словомъ, предъ умственнымъ взоромъ великаго философа предносилась идея эволюціи, хотя и не получившая у него вполнѣ яснаго очертанія, но далеко опередившая какъ фактическую, такъ и прагматическую исторіографію его времени. Свою общую историческую концепцію Лейбницъ примѣнилъ къ юриспруденціи и начерталъ широкую программу научной разработки исторіи права. Относящееся сюда ученіе было изложено Лейбницемъ въ написанномъ имъ еще въ юности трактатѣ: Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae, вышедшемъ въ свѣтъ въ 1667 г. Въ немъ исторической юриспруденціи, или исторіи права, отведено было вполнѣ самостоятельное мѣсто, равносильное съ догмой и естественноправовой доктриной. Задачу исторической юриспруденціи Лейбницъ полагалъ не въ механической регистраціи хронологическаго чередованія законовъ и обычаевъ, но въ разъясненіи историческаго развитія права.

Исторію права Лейбницъ различалъ внутреннюю и внѣшнюю. Первая, по его словамъ, входитъ въ самое существо юриспруденціи, вторая служитъ для нея дополненіемъ и вспомогательнымъ средствомъ. Внутренняя исторія права передаетъ права различныхъ народовъ, внѣшняя является необходимымъ пособіемъ для пониманія тѣхъ измѣненій права, которыя раскрываетъ исторія внутренняя.

Внутренняя исторія можетъ обнимать собою всѣ извѣстные намъ народы и государства или сосредоточиваться на одномъ изъ нихъ. Вниманіе Лейбница привлекала одинаково какъ первая, такъ и вторая возможность. Такъ, онъ выражалъ сожалѣніе объ утратѣ классическихъ трудовъ Аристотеля и Теофраста, въ которыхъ были собраны данныя относительно политическаго и правового строя различныхъ народовъ древности, и считалъ необходимымъ для своего времени работу въ этомъ направленіи. Въ названномъ выше трактатѣ Лейбницъ вслѣдъ за опредѣленіемъ задачъ внутренней исторіи права дѣлаетъ указанія, гдѣ можно найти данныя относительно положительнаго права различныхъ историческихъ народовъ и государствъ, причемъ упоминаетъ послѣдовательно законы Моисеевы, законы египтянъ, персовъ, скиѳовъ, учрежденія грековъ, право римлянъ, варварскіе законы, папскія буллы, галльскій кодексъ, саксонскіе ландрехтъ и вейхбильдъ, польскіе статуты, сводъ прусскаго права, обычаи итальянцевъ, саксонцевъ, венгерцевъ, заканчивая все это замѣчаніемъ, что подоб-

ныхъ обычаевъ можно набрать безконечное количество. Изъ всѣхъ этихъ данныхъ Лейбницъ обѣщалъ составить «зрѣлище законовъ» (theatrum legale), въ которомъ по всѣмъ отдѣламъ права должны были быть параллельно приведены установленія всѣхъ народовъ, мѣстъ и временъ. Обѣщаніе не было исполнено, тѣмъ не менѣе оно заслуживаетъ быть отмѣченнымъ въ исторіи науки какъ выдающійся для своего времени замыселъ всеобщей исторіи права. Наряду съ всеобщей Лейбницъ считалъ необходимымъ разрабатывать и особенную исторію права отдѣльныхъ народовъ и спеціально говорилъ о послѣдней примѣнительно къ римскому праву. Недовольный современнымъ состояніемъ исторической разработки римскаго права, Лейбницъ высказалъ пожеланіе, чтобы дано было точное и обстоятельное обозначеніе всего, что постепенно вводилось отдѣльными рѣшеніями народныхъ собраній, постановленіями сената, преторскими эдиктами и указами (конституціями) императоровъ, и чтобы такимъ образомъ выяснены были всѣ измѣненія, путемъ которыхъ римское право дорасло до своего окончательнаго состоянія.

Къ внутренней исторіи права необходимо привлекать еще, по мнѣнію Лейбница, и внѣшнюю исторію. Послѣдняя, строго говоря, не входитъ въ составъ юриспруденціи; это лишь вспомогательная для правовѣдѣнія дисциплина; это не спеціальная исторія права, но общая исторія, привлекаемая для уразумѣнія (ad intelligendum) права. Въ своемъ методологическомъ трактатѣ Лейбницъ не ограничивается отвлеченнымъ положеніемъ, согласно которому знаніе исторіи необходимо для уразумѣнія права, но поясняетъ свою мысль конкретно, указывая, какой именно отдѣлъ исторіи требуется для уразумѣнія важнѣйшихъ отраслей права, взятыхъ порознь. При этомъ оказывается, что римская исторія необходима для уразумѣнія гражданскаго права, церковная — для права каноническаго, средневѣковая — для феодальнаго права, и новая исторія — для права государственнаго. Приведенное конкретное разъясненіе раскрываетъ предъ нами истинный смыслъ того, что понималъ Лейбницъ подъ внѣшней исторіей права. Очевидно, что философъ полагалъ задачу внѣшней исторіи въ изученіи той непосредственной исторической обстановки, въ условіяхъ которой развивалась и слагалась та или другая система права. Если мы постараемся связать внѣшнюю исторію права съ внутренней, то соотношеніе ихъ по ученію Лейбница представится намъ въ слѣдующемъ видѣ. Внутренняя исторія устанавливаетъ непрерывную цѣпь измѣненій права, разсматриваемаго въ обособленіи отъ прочихъ сторонъ общественной жизни; внѣшняя исторія связываетъ эти измѣненія со всей совокупностью исторической обстановки и такимъ образомъ ведетъ насъ къ уразумѣнію права чрезъ изученіе внѣшней среды его развитія.

Приведенныя воззрѣнія Лейбница настолько расходились съ антиисторизмомъ господствовавшаго въ юриспруденціи раціоналистическаго направленія, что современники оказались не въ состояніи понять ихъ и оцѣнить по достоинству. Потребовалось почти цѣлое столѣтіе для того, чтобы воззрѣнія эти привлекли къ себѣ вниманіе юристовъ и оказали вліяніе на дальнѣйшее развитіе исторической юриспруденціи, задачи которой ставились великимъ философомъ съ такой широтой. Самый трактатъ Лейбница о новомъ методѣ изученія и обученія праву долгое время былъ

весьма мало извѣстенъ, и только вышедшее въ 1748 году второе его изданіе, выпущенное въ свѣтъ Хр. Вольфомъ, получило распространеніе и признаніе среди ученыхъ юристовъ. Это возрожденіе исторіософическихъ взглядовъ Лейбница составило новый этапъ въ развитіи историческаго изученія права. Оно совпало съ появленіемъ знаменитаго политическаго трактата Монтескье: «О духѣ законовъ» (De l'esprit des lois, 1748), который также способствовалъ въ весьма значительной степени преодолѣнію антиисторизма естественноправовой школы и насажденію историческаго элемента въ правовѣдѣніи.

Монтескье выступилъ новаторомъ въ политической теоріи. Новшество его проявилось въ области методологіи. На мѣсто дедуктивнаго метода раціоналистическаго ученія о правѣ и государствѣ Монтескье выставилъ наблюденіе и оперировалъ не съ аксіомами разума, а съ эмпирическими данными политическаго и правового строя различныхъ народовъ. Наблюденіе привело Монтескье къ убѣжденію, что эмпирическое многообразіе государственныхъ и юридическихъ учрежденій различныхъ временъ и народовъ вызвано не заблужденіями разума, какъ это полагала школа естественнаго права, а объективными условіями той среды, въ которыхъ учрежденія дѣйствуютъ. Законы, училъ Монтескье, находятся въ зависимости отъ физическихъ свойствъ страны, отъ ея климата, отъ качества почвы, отъ географическаго положенія и величины государственной территоріи, отъ образа жизни народовъ, земледѣльческихъ, охотничьихъ или пастушескихъ отъ степени свободы, допускаемой государственнымъ устройствомъ, отъ религіи жителей страны, отъ ихъ наклонностей, степени ихъ зажиточности, отъ ихъ численности, отъ ихъ торговли, нравовъ и обычаевъ. Указанная зависимость законовъ отъ условій внѣшней среды является неизбѣжной, такъ что съ нею должно считаться практическое творчество въ области права. «Законы», говоритъ Монтескье, «должны быть настолько свойственны народу, для котораго они созданы, что слѣдуетъ считать величайшей случайностью, если установленія одной націи могутъ быть пригодными для другой». Такимъ образомъ вмѣсто единаго и абсолютнаго идеала разумнаго права, надъ созданіемъ котораго трудилась естественноправовая школа, Монтескье провозглашалъ принципъ относительности всѣхъ политическихъ и юридическихъ учрежденій. Съ точки зрѣнія такого релятивизма всякая система положительнаго права имѣла за собою извѣстныя разумныя основанія и заслуживала изученія въ связи съ условіями среды, ее породившими. Антиисторизму школы естественнаго права наносился ударъ, пробивалась брешь въ раціоналистическихъ воззрѣніяхъ юристовъ, и открывался просторъ для историческаго пониманія права.

Порывая связь съ раціоналистическимъ антиисторизмомъ, Монтескье самъ не выработалъ законченной исторической концепціи. Духъ законовъ совершилъ переломъ въ теоретическихъ воззрѣніяхъ юристовъ и государствовѣдовъ, расчищалъ путь для новыхъ воззрѣній, но не формулировалъ ихъ окончательно. Какъ всякое переходное явленіе, Духъ законовъ представляетъ собою сложное сочетаніе стараго съ новымъ. Провозглашая относительность правовыхъ и государственныхъ учрежденій въ зависимости отъ условій среды ихъ образованія, Монтескье выступалъ піонеромъ новаго историческаго воззрѣнія. Но наряду съ этимъ онъ проповѣ-

дывалъ, что законодатель можетъ исправлять пороки и недостатки учрежденій, порожденные условіями среды, и дать народу государственно-правовой строй выше создаваемаго средою культурнаго уровня, и такимъ образомъ тяготѣлъ къ раціоналистической старинѣ съ ея вѣрою во всемогущество раціональнаго законодательства. Самыя условія среды, отъ которыхъ зависятъ законы, рисовались Монтескье въ неподвижномъ видѣ и потому не столько объясняли развитіе права, сколько предопредѣляли истинныя начала его для данной страны. Вслѣдствіе этого Монтескье обращалъ вниманіе на отношеніе законовъ къ ихъ первоначальному происхожденію и обнаруживалъ склонность смотрѣть на дальнѣйшую ихъ исторію, какъ на удержаніе или извращеніе исконной первоосновы. Въ этомъ опять таки сказывается тяготѣніе Монтескье къ раціонализму естественно-правовой школы и къ тому извѣстному намъ уже объясненію исторіи, которое развилось изъ теоріи первоначальнаго общественнаго договора. Не смотря однако на всю зависимость отъ современныхъ ему воззрѣній, Монтескье далъ въ Духѣ законовъ элементы несомнѣнно новаго историческаго пониманія права. Сказались они въ наиболѣе важной по существу части Духа законовъ, посвященной государственному строю Англіи и народному представительству. Въ англійскомъ государственномъ строѣ Монтескье видѣлъ лучшее обезпеченіе свободы, ту высшую точку, до которой можетъ дойти политическое развитіе. Происхожденіе этого свободнаго правленія Монтескье возводилъ къ отдаленной древности. Эта «прекрасная система» была найдена, по его мнѣнію, «въ лѣсахъ Германіи», откуда и почерпнули англичане идею своего государственнаго устройства. Зародилось свободное правленіе въ лѣсахъ Германіи въ видѣ прямого народоправства. Съ распространеніемъ германскихъ племенъ по обширнымъ областямъ завоеванной ими римской имперіи непосредственныя народныя сходки оказались невозможными и должны были прекратиться. Не исчезло однако у свободолюбивыхъ германцевъ сознаніе необходимости того, чтобы народъ обсуждалъ общественныя дѣла. Уцѣлѣвшій такимъ образомъ принципъ участія народа во власти принялъ новую форму выраженія, соотвѣтствовавшую измѣнившимся условіямъ среды, главнымъ образомъ, увеличенію государственной территоріи. Этой новой формой оказалось сословное представительство. Государственный строй средневѣковыхъ монархій, въ которыхъ единоличная власть государя сочеталась съ сословнымъ представительствомъ, Монтескье называетъ «готическимъ правленіемъ». Готическое правленіе характеризуется у Монтескье какъ смѣшанная форма государственнаго устройства, въ которой сочетались элементы монархическіе, аристократическіе и демократическіе. Это правленіе носило въ себѣ сѣмена дальнѣйшаго развитія по пути обезпеченія свободы. Изъ него то и развилось съ теченіемъ времени англійское государственное устройство, дошедшее до организаціи народнаго представительства палаты общинъ, но сохранившее прямые слѣды готическаго правленія въ аристократическомъ составѣ палаты лордовъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ Духѣ законовъ устанавливается извѣстная схема исторической преемственности формъ свободнаго правленія. Схема эта различаетъ слѣдующія ступени развитія: непосредственное народоправство, сословное представительство, народное представительство въ сочетаніи съ непосредственнымъ

участіемъ аристократическаго элемента въ законодательной власти. Принимая въ соображеніе это обстоятельство, приходится признать, что въ скрытомъ видѣ имѣется въ Духѣ законовъ нѣкоторое представленіе объ эволюціи формъ правленія, въ чемъ нельзя уже не видѣть элементовъ новаго историческаго пониманія права.

Идеи Лейбница и Монтескье проникли въ юриспруденцію и вызвали повышенный и самостоятельный интересъ къ историческому изученію права. Указанное вліяніе сказалось въ геттингенской школѣ юристовъ второй половины XVIII ст. Выдающимися представителями этой школы были публицистъ (спеціалистъ по публичному, государственному праву) Іоаннъ Стефанъ Пюттеръ и цивилистъ (спеціалистъ по гражданскому праву) Густавъ Гуго.

Занимаясь спеціально государственнымъ правомъ германской (Священной Римской) имперіи, І. Ст. Пюттеръ попутно занимался и имперской исторіей, пользуясь ею для цѣлей догматической конструкціи на тѣхъ же началахъ, на которыхъ пользовались исторіей, какъ указано было нами выше, всѣ публицисты-догматики, начиная съ XVI вѣка. При помощи исторіи отыскивалъ и толковалъ Пюттеръ организаціонные государственные законы, выяснялъ публичноправовые обычаи, устанавливалъ прецеденты, на которыхъ покоился государственный строй его времени. Въ своихъ методологическихъ трудахъ, именно въ извѣстномъ намъ уже (см. выше стрн. 28). «Новомъ опытѣ юридической энциклопедіи и методологіи» (1767 г.), І. Ст. Пюттеръ освобождался отъ взгляда на исторію права какъ на орудіе догматической конструкціи и возвышался до пониманія самостоятельной исторической проблемы въ правовѣдѣніи. Одинаково недовольный и школою естественнаго права, особенно выродившимися проявленіями ея въ философіи права Хр. Вольфа, и узко-практическимъ догматизмомъ, І. Ст. Пюттеръ ожидалъ обновленія юриспруденціи отъ возстановленія историософическихъ воззрѣній Лейбница. Слѣдуя имъ, І. Ст. Пюттеръ видѣлъ въ исторіи не простое чередованіе отмѣнявшихъ другъ друга законовъ, но прагматически связанную смѣну правовыхъ системъ, покоящихся на различныхъ принципахъ, соотвѣтствующихъ общимъ условіямъ времени. Для разрѣшенія такой сложной задачи историческое изслѣдованіе должно пройти нѣсколько ступеней. Сначала требуется установленіе фактической исторіи законовъ, — какія и кѣмъ установленныя юридическія правила дѣйствовали въ разныя времена. Далѣе должна быть разработана прагматически политическая исторія, въ которой должно быть дано объясненіе всѣмъ измѣненіямъ государственнаго строя. Наконецъ, слѣдуетъ дать объясненіе всего положительнаго права прошлаго на основаніи совокупности всѣхъ условій государственной жизни различныхъ эпохъ. Слѣдуя Монтескье, І. С. Пюттеръ выражалъ желаніе, чтобы историческая юриспруденція обращала вниманіе на права всѣхъ народовъ и временъ въ видахъ установленія какъ ихъ взаимной связи, такъ и различій между ними, проистекающихъ изъ разнообразія климатовъ, религій, нравовъ и т. д.

Лейбницевско-Пюттеровское пониманіе задачъ исторіи права развивалъ далѣе Густавъ Гуго. Какъ цивилистъ, Гуго могъ быть особенно не удовлетворенъ узкимъ практическимъ догматизмомъ, который царилъ въ его спеціальности съ гораздо большей силой, чѣмъ въ наукѣ государственнаго

права. Исторія и древности права разсматривались цивилистами исключительно какъ средства толкованія. Гуго настаивалъ на необходимости изученія послѣдовательнаго развитія римскаго права въ его исторической своеобразности и независимо отъ непосредственныхъ практическихъ цѣлей. Девизомъ его въ этомъ отношеніи былъ, можно сказать, кличъ: «назадъ къ Лейбницу». Недаромъ въ первомъ же выпускѣ предпринятаго Гуго въ 1791 г. періодическаго изданія Civilistisches Magazin былъ помѣщенъ переводъ (съ лат. на нѣм. яз.) важнѣйшихъ частей извѣстнаго трактата Лейбница въ качествѣ образца методологіи научнаго правовѣдѣнія. Къ историзму влекли Гуго не только теоретическіе запросы юриспруденціи, но и нѣкоторые мотивы политическаго характера. Мы имѣемъ въ виду консервативныя тенденціи, вызванныя натискомъ политическаго радикализма, непосредственно предшествовавшаго французской революціи и ознаменовавшаго ея первые шаги. Такъ какъ политическій радикализмъ питался идеями естественнаго права, то консервативное теченіе вполнѣ понятно искало опоры въ исторіи.

Гуго отвергъ самымъ рѣшительнымъ образомъ теорію договорнаго установленія права и убѣдительно доказывалъ, что сознательное законодательное творчество отнюдь не является ни единственной, ни главной формой развитія права. Онъ выдвигалъ на первый планъ правообразовательное значеніе обычая и сравнивалъ историческое развитіе права съ непроизвольнымъ развитіемъ языка и нравовъ. Самый процессъ развитія права Гуго не считалъ впрочемъ чѣмъ то самодовлѣющимъ; напротивъ того, онъ полагалъ, что юридическій бытъ каждаго народа опредѣляется внѣшними обстоятельствами его жизни.

І. Ст. Пюттеръ и Густавъ Гуго значительно подвинули впередъ вопросъ объ историческомъ изученіи права и подготовили появленіе самостоятельной исторической школы юристовъ. Въ этомъ дѣлѣ они отправлялись, какъ сказано, отъ идей Лейбница и Монтескье. Заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что геттингенская школа не оставила безъ вниманія плодотворной мысли Лейбница о необходимости объясненія внутренней исторіи права внѣшней исторіей, т. е. изученіемъ соотвѣтственной внѣшней среды правообразованія. Эта мысль отразилась въ ученіи І. Ст. Пюттера о зависимости развитія права отъ всѣхъ прочихъ условій государственной жизни и въ ученіи Густава Гуго объ опредѣляющемъ значеніи внѣшнихъ обстоятельствъ исторической жизни народа для образованія его юридическаго быта. Воспринявъ указанную мысль Лейбница, геттингенская школа не восприняла однако его терминологіи. Пюттеръ вовсе не упоминалъ о дѣленіи исторіи права на внутреннюю и внѣшнюю. Гуго придерживался этого дѣленія, но придалъ ему совершенно иной смыслъ. Подъ внѣшней исторіей онъ понималъ исторію источниковъ права, подъ внутренней — исторію институтовъ. Такимъ образомъ Гуго приспособилъ термины Лейбница къ традиціонному противоположенію исторіи и древностей права, причемъ превратилъ послѣднія изъ реальнаго комментарія къ догмѣ въ самостоятельную историческую дисциплину. Установленное Густавомъ Гуго различіе внѣшней и внутренней исторіи права сохранилось до нашихъ дней.

---

§ 29. ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА ЮРИСТОВЪ И ДАЛЬНѢЙШЕЕ РАЗВИТІЕ ИСТОРИЧЕСКАГО ИЗУЧЕНІЯ ПРАВА НА НАЧАЛАХЪ ПОЗИТИВНОЙ МЕТОДОЛОГІИ И ВЪ ДУХѢ КРИТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФІИ

П. И. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба, 1896 г.; E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III Abt., II Halbbd, 1910; Е. В. Спекторскій, Историческая школа юристовъ. Юридич. Вѣстн., 1914; E. Fueter, Geschichte der neueren Historiographie, 1911, V—VII Bücher; Heinrich Cunow, Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie, Grundzüge der Marxschen Sociologie, I. Band, 1920, II. Band, 1921. Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, 1908—1919; Ѳ. В. Тарановскій, Дѣленіе исторіи права на періоды, Труды русскихъ ученыхъ за границей, томъ II. Берлинъ, 1923.

Зародилась историческая школа юристовъ въ столкновеніи со школою естественнаго права на почвѣ законодательной политики. Какъ извѣстно, школа естественнаго права стремилась къ выработкѣ единой разумной системы права и къ водворенію ея въ человѣчествѣ. Разумное естественное право признавалось универсальнымъ, равно обязательнымъ для всѣхъ народовъ независимо отъ ихъ историческаго наслѣдія и особенностей, отличающихъ ихъ въ настоящемъ. Осуществленіе этихъ принциповъ естественноправовой школы давала Франція: революція представлялась кореннымъ уничтоженіемъ всей старины и самостоятельнымъ построеніемъ абсолютно новаго порядка на раціональныхъ началахъ, а затѣмъ завоеванія Наполеона казались инымъ современникамъ универсальнымъ распространеніемъ революціонныхъ принциповъ.

Противъ такого универсализма, сопровождаемаго завоеваніями и грозной перспективой всемірной монархіи, возстали въ Германіи. Вызванная пораженіемъ Наполеона въ Россіи, освободительная война устранила опасность политическаго порабощенія, но не предотвратила опасности порабощенія культурнаго. Послѣднее угрожало въ прежней формѣ раціоналистическаго универсализма въ области законодательства.

Однимъ изъ продуктовъ правового творчества великой французской революціи явился Гражданскій Кодексъ, названный впослѣдствіи именемъ великаго императора. Свободное и торжествующее третье сословіе получило въ новомъ кодексѣ весьма совершенное для своего времени выраженіе и закрѣпленіе своего экономическаго господства. Вслѣдствіе этого Кодексъ Наполеона охотно возводился на степень «писаннаго разума» новой эры и въ такомъ своемъ качествѣ признавался достойнымъ повсемѣстнаго, универсальнаго примѣненія. Силою оружія новый кодексъ былъ введенъ во всѣхъ земляхъ, завоеванныхъ Наполеономъ, въ частности въ нѣмецкихъ областяхъ Рейнскаго союза; силою «разума» естественно-правовой школы онъ могъ быть добровольно воспринятъ всей Германіей. Поэтому, когда въ 1814 году нѣмецкій юристъ Тибо, приверженецъ школы естественнаго права, заговорилъ о необходимости единаго общегерманскаго гражданскаго уложенія (въ спец. брошюрѣ: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland), которое положило бы конецъ историческому партикуляризму и основывалось бы на общечеловѣческихъ требованіяхъ сердца, разсудка и разума, сторонники самостоятельнаго національнаго развитія Германіи забили тревогу. Имъ дорога была объединительная тен-

денція, лежавшая въ основѣ проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія, но осуществленіе ея средствами естественно-правовой школы ихъ пугало; «разумное» гражданское право, которое начертали бы для общегерманскаго отечества тогдашніе корифеи научной юриспруденціи, принадлежавшіе къ школѣ естественнаго права, оказалось бы на дѣлѣ ничѣмъ инымъ, какъ воспроизведеніемъ французскаго кодекса, привело бы, значитъ, къ извѣстнаго рода культурному порабощенію Германіи Франціей. Этого-то и не хотѣли допустить нѣмецкіе самобытники. Лучшимъ средствомъ предотвращенія галломанской опасности была бы передача дѣла изъ рукъ послѣдователей школы естественнаго права въ руки представителей положительнаго догматизма. Послѣдніе занимались не однимъ лишь римскимъ правомъ: съ XVII вѣка разрабатывалась догма партикулярныхъ системъ права Германіи. Однако разработка эта не могла быть признана достаточной для разрѣшенія предстоявшей задачи: догматики нѣмецкаго права не охватывали въ своихъ трудахъ всего подлежащаго матеріала, не размежевались надлежащимъ образомъ съ правомъ римскимъ, не создали изъ партикулярныхъ системъ единаго общегерманскаго права и далеки были отъ того въ своемъ родѣ совершенства конструкціи и систематики, котораго достигали научные предтечи Наполеонова кодекса во Франціи. Въ виду такой неподготовленности нѣмецкіе самобытники совершенно отказались отъ мысли составить общегерманское гражданское уложеніе. Отказъ былъ выраженъ въ отповѣди, которую далъ Савиньи на призывъ Тибо въ спеціальной брошюрѣ подъ заглавіемъ: «О призваніи нашего времени къ законодательству и къ наукѣ права» (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814). Отказъ мотивировался отмѣченной выше неподготовленностью; углубленіе же въ причины послѣдней привело Савиньи къ установленію новыхъ точекъ зрѣнія на развитіе права, которыя оказались цѣнными независимо отъ конкретныхъ обстоятельствъ, ихъ породившихъ, и положили основаніе исторической школѣ юристовъ.

Въ самую первобытную эпоху исторіи, училъ Савиньи, право имѣетъ уже опредѣленный характеръ, свойственный именно данному народу, подобно тому какъ такимъ же вполнѣ опредѣленнымъ характеромъ отмѣчены съ древнѣйшихъ временъ языкъ народа, его нравы и политическое устройство. Всѣ эти явленія не ведутъ отдѣльнаго существованія, но представляютъ собою силы и сферы дѣятельности единаго народа: по природѣ своей они неразрывно связаны между собою и только въ глазахъ изслѣдователя выступаютъ какъ отдѣльныя проявленія. Въ одно цѣлое объединяетъ ихъ общее убѣжденіе народа, одинаковое чувство внутренней необходимости, общее сознаніе народа, неизбѣжная наличность какового исключаетъ самую мысль о случайномъ происхожденіи или произвольномъ установленіи. Состоя въ органической связи съ характеромъ и существомъ народа, право развивается вмѣстѣ съ нимъ и вмѣстѣ съ нимъ умираетъ.

Въ жизненномъ процессѣ права, совпадающемъ съ жизненнымъ процессомъ народа, его породившаго, Савиньи различаетъ три основныя стадіи. На первоначальной ступени развитія право живетъ въ цѣлокупномъ и, такъ сказать, нераздѣльномъ сознаніи народа. Оно опредѣляется непо-

средственно нравами, вѣрованіями и убѣжденіями народныхъ массъ, находитъ для себя тѣлесную оболочку въ разнаго рода символическихъ дѣйствіяхъ и представляетъ собою природное (natürliches Recht) право народа, природное въ смыслѣ стихійнаго происхожденія и прирожденнаго народу содержанія, каковыя качества прямо противоположны искусственному и разсудочному характеру т. н. естественнаго права (Naturrecht). Природное право народа подлежитъ постепенному дальнѣйшему развитію, развитію органическому, изъ котораго исключены произволъ и нарочитое намѣреніе (ohne eigentliche Willkür und. Absicht), и которое движется помощью внутреннихъ въ тиши дѣйствующихъ силъ. (durch innere stillwirkende Kräfte). Съ осложненіемъ жизненныхъ отношеній наростаетъ въ правѣ своеобразный технической элементъ, уходъ за которымъ требуетъ спеціальныхъ познаній. Для удовлетворенія этой потребности образуется классъ профессіональныхъ юристовъ, и подъ этимъ вліяніемъ процессъ правового развитія вступаетъ во вторую стадію, — въ стадію т. н. ученаго права (gelehrtes Recht). Въ этой стадіи право живетъ двойной жизнью: съ одной стороны, какъ часть цѣлокупной народной жизни, каковою оно никогда не перестаетъ быть, съ другой стороны, — какъ отдѣльная наука, которую разрабатываютъ профессіональные юристы. Двойственность эта не вноситъ, однако, въ процессъ правового развитія ни искусственности, ни произвола; она сводится въ конечномъ итогѣ къ единому источнику, — сознанію народа. Ученые юристы являются только конденсаторами народнаго правосознанія. Благодаря профессіональной чуткости, они слышатъ голосъ народной совѣсти и, опираясь на профессіональный опытъ, умѣютъ уловить указанія народнаго правосознанія и облечь ихъ въ форму, соотвѣтствующую осложнившимся жизненнымъ отношеніямъ, разобраться въ которыхъ не въ силахъ болѣе профаны. Исполняя такую функцію, юристы содѣйствуютъ болѣе совершенному проявленію народнаго правосознанія на судѣ и въ законодательствѣ. Наука права перерабатываетъ сырой матеріалъ, черпаемый изъ глубины народнаго правосознанія, и превращаетъ его въ систематическій рядъ понятій, достигающихъ математической точности и достовѣрности. Послѣ того какъ завершится указанный процессъ научной разработки права, жизнь права вступаетъ въ третью и конечную стадію своего развитія, которую можно назвать стадіей кодификаціи. Полный и пышный расцвѣтъ научнаго права приводитъ къ плодоношенію. Когда исчерпывающе разработаны всѣ начала права, которыя коренились въ народномъ сознаніи, тогда приспѣваетъ время для кодификаціи права даннаго народа. Уложеніе само собою отдѣляется отъ древа народной жизни какъ зрѣлый плодъ. Составляя кульминаціонную точку въ развитіи народа, такое уложеніе предназначается жить долго послѣ своего появленія: оно служитъ руководствомъ въ послѣдующія эпохи разложенія и упадка и передается затѣмъ далѣе по наслѣдству другимъ народамъ.

Указанный путь строгаго и стройнаго органическаго развитія былъ пройденъ римскимъ правомъ. Спокойное теченіе историческаго развитія германскаго права было нарушено политическимъ дробленіемъ народа и рецепціей римскаго права. Вызванныя этимъ отклоненія отъ прямолинейнаго развитія не отняли, однако, у германскаго права способности органическаго

роста. Для культуры послѣдняго требуется усиленная дѣятельность ученыхъ юристовъ, направленная на окончательное усвоеніе реципированнаго римскаго права и переработку всѣхъ партикулярныхъ системъ въ единую систему общегерманскаго права. Въ виду такого положенія дѣла Савиньи видѣлъ призваніе своего времени не въ кодификаціи, но въ предварительной научной разработкѣ права. Въ основу успѣшнаго развитія послѣдней онъ полагалъ историческое изученіе права. Въ видахъ распространенія своихъ идей Савиньи основалъ спеціальный журналъ историческаго правовѣдѣнія (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft). Въ руководящей редакціонной статьѣ, помѣщенной въ I томѣ журнала (1815 г.) и написанной самимъ Савиньи, намѣчены были основныя черты новаго направленія, получившаго названіе исторической школы юристовъ.

Въ этой редакціонной статьѣ Савиньи сводитъ всѣ многообразныя разногласія, существовавшія среди юристовъ его времени, къ двумъ основнымъ школамъ. Одна изъ этихъ школъ можетъ быть названа исторической. Для другой едва ли можно найти положительное названіе, такъ какъ она, являясь противоположеніемъ первой, выступаетъ въ разнообразныхъ и противорѣчивыхъ формахъ, заявляя себя то какъ философія права, то какъ естественное право, то какъ здравый смыслъ человѣческій. Всю эту школу въ силу общности отрицательнаго признака различныхъ ея теченій Савиньи называетъ неисторической. Для неисторической школы исторія является лишь нравственно-политическимъ собраніемъ примѣровъ, которымъ настоящее поколѣніе можетъ такъ или иначе пользоваться въ своихъ видахъ. Иначе смотритъ на дѣло школа историческая. По ея воззрѣнію, нѣтъ единичнаго и абсолютнаго человѣческаго существованія: что на первый взглядъ представляется единичнымъ, то по существу есть лишь часть высшаго цѣлаго. Такъ, отдѣльный человѣкъ необходимо мыслится какъ членъ семьи, народа, государства; отдѣльная эпоха въ исторіи народа — какъ продолженіе и развитіе прошедшихъ временъ. Иное воззрѣніе является одностороннимъ, и если оно господствуетъ исключительно, то становится тлетворнымъ. Отдѣльная эпоха не вноситъ съ собою и для себя новаго міра, но дѣлаетъ свое дѣло въ неразрывномъ единеніи со всѣмъ прошлымъ. Поэтому всякая эпоха должна признавать нѣчто исторически данное, которое въ одно и то же время необходимо и свободно: необходимо, — поскольку оно независимо отъ особеннаго произвола настоящаго времени, — свободно потому, что оно не вышло изъ чужого произвола (напр., изъ велѣнія господина своимъ рабамъ), но добыто изъ высшей природы народа, какъ непрестанно становящагося и развивающагося цѣлаго. При такой точкѣ зрѣнія исторія перестаетъ быть только собраніемъ примѣровъ и становится единственнымъ путемъ къ истинному познанію нашего состоянія въ настоящемъ. Исторически данное господствуетъ надъ нами. Мы не въ состояніи измѣнить его и можемъ только обманывать себя насчетъ подлиннаго его значенія. Кто такъ себя обманываетъ и думаетъ осуществить свой произволъ тамъ, гдѣ возможна лишь высшая свобода развитія изъ природы народа, тотъ самъ губитъ свои лучшія притязанія: онъ — рабъ, мнящій себя царемъ, въ то время какъ могъ-бы быть свободнымъ человѣкомъ. Отсутствіе историзма, стремленіе строить все заново Савиньи ставитъ въ связь съ индивидуализмомъ политическихъ ученій, выводящихъ

все изъ отдѣльной обособленной личности и игнорирующихъ жизнь и самостоятельное развитіе цѣлаго. Онъ называетъ также это стремленіе историческимъ эгоизмомъ отдѣльной эпохи. На такомъ историческомъ эгоизмѣ построены всѣ разнообразныя ученія неисторической школы юристовъ. Напротивъ того, историческая школа разсматриваетъ положительный правовой матеріалъ какъ нѣчто данное цѣлокупнымъ прошлымъ народа, какъ нѣчто, вышедшее не изъ произвола, который случайно былъ именно такимъ, и столь же случайно могъ бы быть и инымъ, но изъ самаго внутренняго существа народа и его исторіи.

За осуществленіе новой программы исторической школы принялся самъ Савиньи и его ближайшій сотрудникъ и соратникъ Пухта, который не мало содѣйствовалъ и уясненію теоретическихъ основъ школы. Вокругъ главарей собрались ученики и послѣдователи и дали многолюдный составъ школѣ, которая господствовала въ ея первоначальномъ видѣ полвѣка и съ измѣненіями простираетъ свое вліяніе вплоть до нашихъ дней.

То новое, что внесла историческая школа въ юриспруденцію, можетъ быть сведено къ нижеслѣдующимъ четыремъ основнымъ положеніямъ: 1) она внесла идею эволюціи права; 2) придала этой эволюціи спиритуалистическій характеръ, такъ какъ выводила происхожденіе и развитіе права изъ общаго сознанія народа, которое было опредѣлено Пухтою какъ народный духъ; 3) она усмотрѣла въ правѣ продуктъ исключительно національнаго развитія и исходила изъ духовной самобытности каждаго отдѣльнаго народа; 4) она характеризовала процессъ правового развитія какъ безболѣзненный и мирный, движимый въ тиши дѣйствующими силами народнаго духа.

Въ приведенныхъ основныхъ положеніяхъ исторической школы сказалось вліяніе романтизма и созданнаго имъ пониманія историческаго процесса. Романтизмъ представляетъ собою идейную реакцію первой четверти XIX столѣтія противъ предшествовавшаго вѣка просвѣщенія и порожденной имъ революціи. На мѣсто свободнаго творчества разума и проповѣдывавшейся имъ революціи, т. е. полнаго разрыва съ прошедшимъ и построенія общественнаго уклада жизни заново, романтизмъ ставилъ идею стихійнаго развитія и непроизвольной эволюціи общественныхъ началъ, унаслѣдованныхъ отъ далекаго прошлаго. За этими традиціонными началами признавалась разумность, но разумность эта разсматривалась независимо отъ логически прямолинейныхъ построеній индивидуальнаго разума, какъ проявленіе объективнаго разума, лежащаго въ основѣ общественнаго процесса, какъ выраженіе сокровенныхъ духовныхъ началъ жизни. Постигнуть эти начала можно не путемъ разсужденія, но путемъ мистическаго проникновенія въ тайники жизни. Какъ для созданія, такъ и для раскрытія внутренняго духовнаго смысла жизни необходима тѣсная, даже замкнутая духовная среда. Такою средою представлялся романтикамъ отдѣльный народъ, какъ самоцѣльная общественная группа, духовная связь и единство которой засвидѣтельствованы наличностью у нея языка, какъ выраженія духовной самобытности. Въ противоположность универсализму вѣка просвѣщенія романтизмъ выдвинулъ національность, какъ среду и факторъ образованія общественныхъ формъ. Въ поискахъ за раскрытіемъ самобытныхъ началъ національнаго духа романтики обращались къ средневѣковью,

какъ такой эпохѣ, когда народы вели еще жизнь достаточно обособленную и достаточно свободную, такъ что ихъ самобытныя духовныя силы не искажались ни отъ вліянія чужой національности, ни отъ властнаго воздѣйствія правящихъ идеологовъ, оторванныхъ отъ родной почвы. Задачею историка должно было быть возстановленіе исконныхъ самобытныхъ духовныхъ началъ народа во всей ихъ чистотѣ. Несомнѣнно, что понимаемый такимъ образомъ историзмъ романтиковъ въ основѣ своей совпадалъ съ представленіями историковъ XVIII вѣка объ опредѣляющемъ весь дальнѣйшій процессъ значеніи первоначальнаго общественнаго устройства. Разница заключалась лишь въ томъ, что историки вѣка просвѣщенія надѣляли первоначальное устройство всѣми признаками свободнаго и сознательнаго индивидуальнаго творчества, а романтики видѣли въ немъ отраженіе стихійнаго разума, коллективнаго духа народа и раскрывали его мистическій смыслъ не разсужденіемъ, но интуиціей. Возстановленіе забытаго и утерянаго занимало романтиковъ несравненно больше, чѣмъ движеніе и развитіе, которое привело отъ давно прошедшаго къ настоящему и направляло къ новому будущему. Савиньи проявилъ больше историческаго чутья, и въ созданной имъ школѣ идеѣ органическаго перехода изъ одного состоянія въ другое было отведено надлежащее мѣсто. Тѣмъ не менѣе вліяніе романтизма сказалось на исторической школѣ въ ея исключительно спиритуалистическомъ пониманіи эволюціи, а также въ ея представленіи о мирномъ и безболѣзненномъ процессѣ развитія права.

Внесенная исторической школой идея органическаго роста права, идея эволюціи стала прочнымъ пріобрѣтеніемъ научнаго правовѣдѣнія. Все же остальное ученіе о характерѣ этой эволюціи, развитое историческою школою въ духѣ романтизма, не выдержало испытанія научной критики, было оставлено и замѣнено болѣе обоснованнымъ и болѣе положительнымъ воззрѣніемъ.

Первое измѣненіе въ теоретическія построенія исторической школы внесъ Гегель (въ двадцатыхъ годахъ XIX столѣтія), сумѣвшій искусно сочетать романтическія воззрѣнія съ историческою дѣйствительностью и многообразіемъ исторической жизни.

Свои исторіософическія воззрѣнія Гегель направлялъ на широкое поприще всемірной исторіи. Двигателемъ исторіи является у Гегеля не народный духъ, но мировая душа, духъ всечеловѣческій. Въ немъ заложены начала всѣхъ началъ, и всемірная исторія представляетъ собою постепенную и послѣдовательную эманацію мірового духа. Богатая сокровищница послѣдняго не можетъ быть воспринята человѣчествомъ сразу и потому раскрывается во всемірной исторіи постепенно и послѣдовательно по извѣстнымъ необходимымъ и неизбѣжнымъ стадіямъ развитія. Въ каждой изъ этихъ стадій выдвигается на передній планъ всемірной исторіи одинъ народъ, духъ котораго содержитъ въ себѣ то высшее проявленіе мірового духа, вмѣстить которое способно человѣчество данной эпохи.

Раскрытіе содержанія мірового духа въ исторіи совершается закономѣрно. Законъ движенія всемірной исторіи есть законъ объективнаго мірового духа, тождественный съ закономъ человѣческаго разума, такъ какъ послѣдній является лишь отраженіемъ разума мірового. Этотъ общій законъ разума, или законъ логическій, носитъ у Гегеля діалектическій

характеръ, т. е. выражается въ противоположеніи и послѣдовательной смѣнѣ противорѣчивыхъ началъ (тезиса и антитезиса), примиряемыхъ въ конечномъ единствѣ (синтезисѣ). Діалектическій законъ полагается Гегелемъ и въ основу развитія всемірной исторіи. Выдвигаемыя и примиряемыя послѣдней противорѣчія представляютъ собою не отвлеченныя сужденія и мысли, но облеченные плотью и кровью интересы и страсти людей, которые преодолѣваются борьбой и примиряются путемъ продолжительной дисциплины. Такимъ образомъ всемірная исторія отнюдь не является безмятежнымъ и безтруднымъ развитіемъ органической жизни, но, напротивъ того, движется путемъ борьбы и суровой работы людей надъ собою.

Конкретной средой, въ которой осуществляется планъ всемірной исторіи, признавалось у Гегеля государство и создаваемое послѣднимъ право. Вслѣдствіе этого историософическіе взгляды Гегеля имѣли непосредственное значеніе для исторіи права. Философія исторіи Гегеля восполнила и исправила ученіе исторической школы въ двухъ пунктахъ: 1) она вывела развитіе права изъ узкихъ рамокъ національнаго широкое поприще всемірной исторіи, и 2) она замѣнила гипотезу мирнаго развитія права путемъ въ тиши дѣйствующихъ силъ ученіемъ о развитіи права путемъ противоположенія и примиренія противорѣчивыхъ борющихся интересовъ. Оба преведенныхъ положенія Гегеля соотвѣтствовали эмпирическимъ даннымъ въ большей степени, чѣмъ соотвѣтственныя положенія исторической школы, и потому явились шагомъ впередъ въ научномъ развитіи исторіи права. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что существенное значеніе въ этомъ отношеніи имѣло лишь второе изъ приведенныхъ положеній. Напротивъ того, первое изъ нихъ легко получало такое истолкованіе, при которомъ новаторское значеніе его почти совсѣмъ устранялось. Дѣло въ томъ, что на отдѣльныхъ ступеняхъ развитія мірового духа выдвигался Гегелемъ народный духъ. Это приводило къ поискамъ для каждой эпохи всемірной исторіи одного передового народа, который легко превращался въ господствующій народъ (Herrschervolk). Такого рода поиски не только не устраняли предвзятаго и узкаго національнаго, но даже питали его и укрѣпляли.

Исправляя историческую школу въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ пунктахъ, гегельянство поддерживало ее въ исходномъ ея положеніи, — въ вопросѣ о спиритуалистическомъ характерѣ эволюціи права. Измѣненіе воззрѣній по этому основному вопросу послѣдовало только во второй половинѣ XIX столѣтія.

Существенно важнымъ событіемъ, отразившимся на теоретическомъ пониманіи права и его исторіи, была революція 1848 года. Она наглядно показала, что юридическое опредѣленіе положенія личности не соотвѣтствуетъ дѣйствительному ея положенію въ государственной жизни. Она вскрыла соціальный вопросъ, какъ нѣчто таившееся за видимостью юридическихъ и политическихъ формъ и затѣмъ неожиданно прорвавшееся наружу. Эта неожиданность поразила юристовъ и политиковъ. Удивленіе дало толчокъ научной мысли, которая сочла своею обязанностью объяснить новый непонятный фактъ. Предпринятая въ этомъ направленіи научная работа создала новыя соціологическія и экономическія системы Огюста

Конта (см. выше стрн. 33—38), Лоренца Штейна и Карла Маркса[1]. Хотя приведенныя системы разнятся между собою самымъ существеннымъ образомъ, тѣмъ не менѣе у нихъ есть нѣчто общее. Это общее заключается въ позитивномъ направленіи мысли и въ соціологическомъ пониманіи права. Мы позволимъ себѣ поэтому остановиться только на тѣхъ общихъ выводахъ, которые могутъ быть извлечены изъ указаннаго позитивнаго и соціологическаго направленія. При этомъ мы имѣемъ въ виду такіе выводы, которые имѣютъ значеніе для историческаго изученія права. Обратимся къ разсмотрѣнію этихъ выводовъ.

Первымъ выводомъ явилось признаніе связанности и взаимной обусловленности всѣхъ сторонъ общественной жизни. Согласно этому выводу право не можетъ быть изучаемо ни изолированно, ни въ связи съ продуктами одной лишь духовной культуры, — языкомъ, нравами, религіей. Оно подлежитъ изслѣдованію въ связи со всѣми сторонами общественной жизни, въ томъ числѣ, въ связи съ матеріальными, экономическими условіями.

Въ качествѣ второго вывода слѣдуетъ отмѣтить признаніе наличности связей между индивидами, возникающихъ независимо отъ юридической регламентаціи и воздѣйствія со стороны государственной власти. Это — общественныя въ тѣсномъ смыслѣ связи, совокупностью которыхъ создается общество, противополагаемое государству съ его правовымъ порядкомъ. Общественныя связи устанавливаются подъ дѣйствіемъ жизненныхъ интересовъ индивидовъ. Единство интересовъ объединяетъ индивидовъ въ особыя группы, или общественные классы, которые противополагаются другъ другу и разнятся другъ отъ друга по различію групповыхъ интересовъ.

Третій выводъ заключается въ установленіи положенія, что простѣйшимъ элементомъ, на которомъ основываются общественныя связи, являются условія экономическаго быта. Тѣ или другія условія производства и распредѣленія хозяйственныхъ благъ служатъ основной причиной выработки единства интересовъ, соединяющихъ индивидовъ въ общественные классы, и противоположности интересовъ, противопоставляющей одни классы другимъ и приводящей къ сложнымъ ихъ сочетаніямъ въ предѣлахъ различныхъ общественныхъ союзовъ, сплоченныхъ единствомъ политической власти.

Наконецъ, четвертый выводъ относится всецѣло къ области методологіи. Единственнымъ методомъ историческаго изслѣдованія было

---

[1] Auguste Comte, Cours de philosophie positive, въ 6 томахъ, первое изданіе, 1830—1842 гг. (соціальная физика или соціологія начинается съ IV тома); Lorenz von Stein, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, въ 3 томахъ, Leipzig, 1850 (общіе теоретическіе выводы предпосланы въ обширномъ введеніи, занимающемъ значительную часть перваго тома); Karl Marx, Zur Kritik der politischen Oekonomie, Berlin, 1859 (русск. переводъ 1896 г.). — Соціологическія воззрѣнія Конта предшествуютъ по времени 1848 году. Они представляютъ собою геніальное провидѣніе того противорѣчія, которое таилось въ индивидуалистической концепціи государства, и которое обнаружилось со всей наглядностью въ 1848 году. Вліяніе О. Конта на историческую науку сказалось во второй половинѣ XIX столѣтія.

признано наблюденіе. Въ силу этого изъ объясненія историческихъ явленій исключено было все то, что не вытекало изъ наблюденія фактовъ, но основывалось исключительно на апріорныхъ предположеніяхъ. Подлежали, слѣдовательно, исключенію и такія метафизическія понятія, какъ народный духъ и духъ міровой. На мѣсто спиритуалистическаго пониманія историческаго развитія права становилось матеріалистическое его пониманіе въ условіяхъ общественной среды.

Проводникомъ всѣхъ этихъ новыхъ началъ въ область исторіи права явился Рудолфъ фонъ Іерингъ. Шагъ за шагомъ онъ разбивалъ ту романтическую идеологію, которая царила въ исторической школѣ юристовъ, и водворялъ реалистическое и соціологическое пониманіе историческаго процесса развитія права.

Разрушеніе метафизической идеологіи исторической школы начато было Іерингомъ съ вопроса объ исключительно національномъ характерѣ процесса образованія и развитія права. Воззрѣнію исторической школы въ этомъ отношеніи сильно противорѣчилъ фактъ рецепціи римскаго права въ Германіи. Савиньи устранялъ это противорѣчіе путемъ слѣдующаго разсужденія: право развивается изъ народнаго духа, но не всѣмъ народамъ дано было спокойное органическое развитіе права; такое счастье выпало на долю римлянъ, и право ихъ является чистымъ органическимъ продуктомъ народнаго духа; германскій народъ лишенъ былъ такой счастливой возможности и долженъ былъ заимствовать чужое право, но, такъ какъ онъ воспринялъ столь чистый продуктъ строго національнаго развитія, какимъ является римское право, то благодаря этому, онъ не лишился способности къ дальнѣйшему развитію своего собственнаго національнаго права. Конечно, въ приведенномъ разсужденіи имѣется весьма сильная натяжка; тѣмъ не менѣе оно давало формальный выходъ изъ противорѣчія между теоріей національнаго правообразованія и эмпирическими данными исторіи германскаго права; выходъ этотъ сохранялъ силу постольку, поскольку оставалось незыблемымъ положеніе объ исключительно національномъ характерѣ образованія римскаго права. Стоило однако доказать неправильность этого послѣдняго положенія, и все ученіе исторической школы о народномъ духѣ рушилось окончательно. Это именно и было сдѣлано Іерингомъ въ его сочиненіи: «Духъ римскаго права» (Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 1852—1865 г.г.). Въ немъ Іерингъ наглядно показалъ, что высокія достоинства и величіе римскаго права вытекаютъ отнюдь не изъ его воображаемой національной исключительности; напротивъ того, они создались, благодаря тому, что римское право воспринимало и впитывало въ себя элементы права другихъ народовъ, съ которыми приходилось римлянамъ вступать въ экономическій и гражданскій оборотъ. Римское ius gentium было тѣмъ каналомъ, по которому впадали въ общее русло римскаго права различные чужеродные притоки. Подъ духомъ права Іерингъ понималъ не неизсякаемый источникъ отъ вѣка заложеннаго въ народѣ правосознанія, но совокупность направляющихъ силъ, обусловливающихъ единство и обособленіе правового организма. Видное мѣсто среди этихъ силъ онъ отводилъ общенію отдѣльныхъ народовъ и ихъ вліянію другъ на друга въ процессѣ правообразованія. Дальнѣйшія изысканія историковъ права подтвердили правильность воз-

зрѣній Іеринга и ниспровергли ученіе исторической школы о національномъ развитіи права.

Въ томъ же «Духѣ римскаго права», слѣдя за послѣдовательными стадіями развитія послѣдняго, Іерингъ обнаружилъ несостоятельность другого положенія исторической школы, — о непроизвольномъ, безсознательномъ ростѣ права. На цѣломъ рядѣ институтовъ римскаго права Іерингъ показалъ, что развитіе права движется не послѣдовательнымъ логическимъ раскрытіемъ самодовлѣющихъ юридическихъ понятій, но цѣлесообразной дѣятельностью людей, направленной на удовлетвореніе жизненныхъ потребностей, выдвигаемыхъ условіями экономическихъ и общественныхъ отношеній. Право не довлѣетъ себѣ, но служитъ средствомъ для упорядоченія общественныхъ отношеній и обезпеченія спокойнаго пользованія благами культуры.

Наконецъ, въ своей знаменитой брошюрѣ «Борьба за право» (Der Kampf um's Recht, 1872) Іерингъ направилъ свою критику на то положеніе исторической школы, согласно которому развитіе права представляется не только непроизвольнымъ, но и тихимъ безмятежнымъ ростомъ, подъ вліяніемъ въ тиши дѣйствующихъ силъ.

Въ основѣ ученія исторической школы о томъ, что право образуется и развивается безболѣзненно и безъ труда подобно полевому растенію или правиламъ грамматики, лежало представленіе о правѣ, какъ о нормѣ абстрактной самодовлѣющей справедливости, которая постепенно раскрываетъ свое содержаніе съ логической послѣдовательностью, независимой отъ реальной жизненной обстановки. Послѣ того какъ анализъ внутренняго содержанія права показалъ, что право не довлѣетъ себѣ, но имѣетъ цѣлью обезпечивать пользованіе благами, или интересы индивидовъ и общественныхъ группъ, стало неизбѣжнымъ сопоставленіе развитія права съ движеніемъ интересовъ индивидовъ и общественныхъ группъ. Въ самомъ дѣлѣ было бы наивно предполагать, что положеніе древняго римскаго права о правѣ кредитора продать въ рабство несостоятельнаго должника или же право собственника на виндикаціонный искъ образовалось такъ же, какъ правило грамматики о томъ, что предлогъ «съ» управляетъ творительнымъ падежомъ. Несомнѣнно, что въ основу обоихъ правоположеній легли реальные общественные интересы, требовавшіе обезпеченія собственности и получившіе удовлетвореніе чрезъ возобладаніе имущихъ надъ неимущими.

Когда возникаетъ вопросъ объ измѣненіи какого-либо положенія дѣйствующаго права, въ обществѣ образуются по крайней мѣрѣ двѣ партіи: одна изъ нихъ стоитъ за сохраненіе существующаго права, другая — за его измѣненіе и за новую юридическую регламентацію. Къ первой партіи принадлежатъ всѣ тѣ, интересы которыхъ достаточно обезпечены существующимъ правопорядкомъ, ко второй — всѣ тѣ, интересы которыхъ недостаточно обезпечены или даже совершенно не учитываются въ дѣйствующемъ правѣ, что и заставляетъ ихъ добиваться созданія новаго правоположенія, соотвѣтствующаго ихъ интересамъ. При неизбѣжной наличности двухъ партій неизбѣжна и борьба. Изъ этой борьбы, изъ столкновенія противорѣчивыхъ интересовъ рождается новое право. Оно большею частью не даетъ полнаго и прямого удовлетворенія ни одному изъ борющихся интересовъ, но подобно тому, какъ это наблюдается въ параллелограммѣ силъ,

идетъ по діагонали, по средней линіи компромисса, — соглашенія и примиренія противоборствующихъ интересовъ.

Такъ совершается процессъ обновленія права на нашихъ глазахъ; такимъ же представляется онъ на всемъ протяженіи историческаго времени, доступнаго документальному изслѣдованію. Единственнымъ убѣжищемъ для романтической теоріи «въ тиши дѣйствующихъ силъ» и безболѣзненнаго роста остается до-историческое время, недоступное документальному изслѣдованію, время зарожденія и первоначальнаго образованія права. Врядъ ли однако можно признать это убѣжище надежнымъ. Самая мысль о рѣзкомъ противоположеніи первоначальнаго времени временамъ историческимъ отдаетъ миѳологической вѣрой въ «золотой вѣкъ» сѣдой старины и потому не заслуживаетъ признанія. О неизвѣстномъ слѣдуетъ судить по аналогіи съ извѣстнымъ, а не наоборотъ. Аналогія видимаго историческаго развитія права и преимущество большей психологической вѣроятности даютъ Іерингу достаточное основаніе предположить, что рожденіе права, какъ и рожденіе человѣка, въ видѣ общаго правила сопровождалось сильными родовыми потугами и муками.

Теорія развитія права путемъ борьбы интересовъ различныхъ общественныхъ классовъ поставила историческое изученіе права на прочную и плодотворную соціологическую почву. Въ одномъ изъ сочиненій Іеринга, изданномъ уже послѣ его смерти (Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, 1894), юристы призываются къ тому, чтобы объяснять развитіе права не изъ одного лишь внутренняго его содержанія, но съ точки зрѣнія того вліянія, которое на него оказываетъ внѣшній міръ. Внѣшнимъ для права міромъ является та соціальная среда, въ которой и подъ дѣйствіемъ которой слагаются юридическія нормы. Соціологическое пониманіе и изученіе развитія права остается лозунгомъ исторической юриспруденціи и для нашихъ дней.

Хотя Іерингъ никогда и нигдѣ въ своихъ сочиненіяхъ не ссылается прямо ни на Огюста Конта, ни на какого либо другого представителя позитивной мысли, тѣмъ не менѣе пониманіе имъ задачъ и метода исторіи права всецѣло укладывается въ рамки позитивной философіи. Такъ какъ для историковъ права воззрѣнія Іеринга до сихъ поръ сохранили значеніе руководящихъ началъ, и такъ какъ кромѣ того многіе историки права находятся подъ непосредственнымъ вліяніемъ позитивной соціологіи, то современное научное состояніе исторіи права можетъ быть характеризовано какъ позитивное.

Въ введеніи мы уже познакомились съ основными началами позитивизма (см. § 2, V). Теперь намъ нужно возстановить въ своей памяти эти начала и разобраться въ ихъ вліяніи на спеціальную область исторіи права.

Значеніе позитивизма заключается въ томъ, что онъ точно опредѣлилъ объектъ научнаго познанія, указалъ цѣль, доступную для человѣческаго разума въ области научной мысли и установилъ тѣ методологическіе пріемы, посредствомъ которыхъ эта цѣль можетъ быть достигнута. На основаніи отрицательнаго опыта, доставленнаго идеалистической философіей, позитивизмъ отвергъ конечную цѣль развитія и призналъ явленія единственнымъ объектомъ научнаго познанія. Въ качествѣ цѣли познанія

позитивизмъ выдвинулъ установленіе однообразныхъ отношеній между явленіями, или законовъ явленій; законы — это однообразныя отношенія, которыя при одинаковыхъ обстоятельствахъ повторяются между явленіями съ объективной необходимостью. Что касается метода познанія, то позитивная философія составила свой методъ изъ двухъ издавна извѣстныхъ методологическихъ пріемовъ, — наблюденія и разсужденія. То новое, что позитивизмъ внесъ въ методологію, заключается въ удачномъ сочетаніи двухъ упомянутыхъ методологическихъ пріемовъ (l'usage bien combiné de l'observation et du raisonnement) въ области отдѣльныхъ наукъ примѣнительно къ особенностямъ явленій, изучаемымъ въ каждой изъ наукъ въ отдѣльности. При изученіи общественныхъ явленій, для какового Контъ предназначилъ особую науку, — соціальную физику, или соціологію, наблюденіе, или индукція, предшествуетъ разсужденію, или дедукціи. Такъ какъ специфическій признакъ общественныхъ явленій состоитъ въ непрестанномъ вліяніи предшествующихъ поколѣній на послѣдующіе, то примѣняемое къ общественнымъ явленіямъ наблюденіе становится наблюденіемъ историческимъ; помощью историческаго наблюденія и основанной на немъ индукціи устанавливаются эмпирическіе законы общественныхъ явленій. Превращеніе эмпирическихъ законовъ въ научные, или естественные законы общественныхъ явленій достигается путемъ провѣрки ихъ помощью дедукціи, которая такимъ образомъ въ соціологіи слѣдуетъ за индукціей и удостовѣряетъ предварительные результаты послѣдней. Индуктивное изученіе общественныхъ явленій вполнѣ понятно и ясно. Что же касается послѣдующей дедукціи, требуемой для нахожденія научныхъ законовъ, то съ нею дѣло обстоитъ нѣсколько иначе, такъ какъ по поводу нея возникаютъ различныя сомнѣнія. Эти сомнѣнія относятся къ начальному вопросу объ исходной точкѣ для дедукціи. Математика, эта прямая и подлинная область дедуктивнаго метода, отправляется въ своихъ дедукціяхъ отъ аксіомъ. Соціологія не обладаетъ спеціальными аксіомами. Вслѣдствіе этого за исходную точку для дедукціи въ соціологіи Контъ взялъ научныя истины, добытыя въ біологіи, которая по Контовой классификаціи наукъ непосредственно предшествуетъ соціологіи. Послѣдующая научная критика обнаружила, что тѣ данныя біологіи, которыя Контъ использовалъ въ качествѣ исходныхъ точекъ для соціологической дедукціи, отнюдь не имѣютъ характера научныхъ истинъ. Дж. Ст. Милль возстановилъ самостоятельное значеніе психологіи, изверженной Контомъ изъ ряда наукъ, и выдвинулъ мысль, что исходныя точки для соціологической дедукціи должны быть заимствуемы изъ психологіи и спеціально изъ характерологіи (т. е. изъ позитивнаго ученія о человѣческомъ характерѣ). Но и попытка Милля оказалась не болѣе удачной, чѣмъ попытка Конта. Ни біологія, ни психологія не дошли до того, чтобы быть въ состояніи доставить соціологіи достовѣрныя и точныя исходныя положенія для дедукціи. Вслѣдствіе этого соціологія вынуждена ограничиваться эмпирическими законами.

Обращаясь къ непосредственно занимающему насъ вопросу о вліяніи позитивизма на исторію права, мы должны прежде всего отмѣтить, что позитивизмъ окончательно утвердилъ мысль объ исключительной важности историческаго метода для научнаго познанія общественныхъ,

въ частности правовыхъ явленій. Еще идеализмъ указалъ на исторію какъ на прямой путь для уразумѣнія общественной жизни, но идеалистическая философія выводила историзмъ изъ свойствъ метафизической идеи, каковую разсматривала какъ сокровенную сущность видимаго общественнаго процесса. Объективная идея можетъ быть усвоена человѣчествомъ только постепенно, вслѣдствіе чего и осуществленіе объективной идеи въ общественномъ процессѣ совершается постепенно. Въ соотвѣтствіи съ этимъ и познаніе общественнаго процесса можетъ быть только историческое. Позитивизмъ обосновалъ безусловную потребность историческаго метода на эмпирическихъ особенностяхъ общественныхъ явленій. Онъ показалъ, что специфическій признакъ общественныхъ явленій заключается въ непрестанномъ вліяніи предшествующихъ поколѣній на послѣдующія. Вслѣдствіе этого онъ представилъ историческій процессъ въ видѣ непрерывнаго ряда историческихъ филіацій. Съ тѣхъ поръ исторія была окончательно признана основнымъ средствомъ для познанія общественныхъ явленій; не только соціальная динамика, но даже и соціальная статика познаются только въ историческомъ движеніи.

Итакъ, позитивизмъ укрѣпилъ историческій методъ, какъ спеціальный видъ наблюденія по отношенію къ общественнымъ явленіямъ. Это впрочемъ не значитъ, что позитивизмъ укрѣпилъ положеніе исторіи вообще и исторіи права въ частности въ качествѣ особыхъ наукъ. Напротивъ того, въ системѣ Контовой позитивной философіи соціологія всецѣло поглотила исторію. На исторію стали смотрѣть только какъ на матеріалъ для соціологіи, какъ на собираніе данныхъ, которыя можетъ надлежащимъ образомъ использовать только соціологія. Что же касается въ частности исторіи права, то ее вмѣстѣ съ цѣлокупнымъ правовѣдѣніемъ точно такъ же, какъ и политическую экономію и остальныя спеціальныя науки объ обществѣ, стали совершенно отвергать, потому что Контъ на основаніи извѣстнаго намъ ученія своего о connexus'ѣ общественныхъ явленій категорически отрицалъ возможность раздѣльнаго изученія отдѣльныхъ сторонъ общественной жизни въ отдѣльныхъ спеціальныхъ наукахъ и признавалъ только единую недѣлимую соціологію. Наука преодолѣла эту крайность въ воззрѣніяхъ Конта. Политическая экономія, правовѣдѣніе и другія спеціальныя общественныя науки остались при своей давнишней компетенціи въ предѣлахъ своихъ законныхъ областей. Удержалась и сохранилась точно также и исторія права. Но изъ ученія о connexus'ѣ общественныхъ явленій наука извлекла весьма важный выводъ, согласно которому развитіе права должно быть изучаемо не обособленно, какъ это дѣлалось раньше, а въ связи со всѣми остальными явленіями общественной жизни. Изученіе правового развитія должно опираться на внѣшнюю исторію права, о чемъ говорилъ еще Лейбницъ, мысли котораго не уразумѣли ни современные ему юристы, ни послѣдующіе въ теченіе долгаго времени, или на внѣшній для права міръ (die juristische Aussenwelt), какъ формулировалъ для юристовъ идею connexus'а общественныхъ явленій Іерингъ. Является ли исторія вообще и исторія права въ частности только матеріаломъ для соціологіи или же имѣетъ свои самостоятельныя задачи, этотъ вопросъ мы обсудимъ ниже. Пока продолжимъ разсмотрѣніе того вліянія, которое позитивизмъ оказалъ на историческое пониманіе права.

Позитивизмъ укрѣпилъ пониманіе общественнаго процесса какъ эволюціи. Идея эволюціи и даже самое ея названіе были выдвинуты еще до позитивизма идеалистической философіей въ ея борьбѣ съ раціонализмомъ (см. Franz von Baader, Ueber den Evolutionismus und Revolutionismus, 1834, Sämmtliche Werke, VI. Band, Leipzig, 1854, S. 73—108). Идеалистическая философія смотрѣла на эволюцію какъ на эманацію метафизической идеи, постигаемую больше всего при помощи интуиціи. Контъ стремился къ утвержденію идеи эволюціи на эмпиріи, ибо выводилъ общественную эволюцію изъ реальныхъ свойствъ общественныхъ явленій. Въ дальнѣйшемъ научномъ развитіи идея эволюціи привилась къ естествознанію больше всего чрезъ ученіе Дарвина о происхожденіи видовъ. Вслѣдствіе этого сложилось единое реалистическое и притомъ матеріалистическое пониманіе эволюціи, какъ естественнаго процесса, одинаково присущаго всѣмъ явленіямъ, слѣдовательно и общественнымъ. Сейчасъ не станемъ входить въ обсужденіе вопроса о правильности или неправильности приведеннаго пониманія эволюціи. Для насъ сейчасъ достаточно отмѣтить, что позитивизмъ подкрѣпилъ идею эволюціи съ другой стороны, а не съ той, съ которой къ ней подходилъ идеализмъ. Признанная двумя противоположными направленіями, идея эволюціи окрѣпла и превратилась въ прочное достояніе науки. Подъ вліяніемъ позитивизма исторія права окончательно усвоила идею эволюціи и примѣнила ее къ области своего вѣдѣнія.

Позитивизмъ изгналъ изъ объясненія эволюціи всякую телеологію (ученіе о цѣли) и смотритъ на эволюцію какъ на причинный (каузальный) процессъ. Причинность разумѣется въ позитивизмѣ какъ механическая причинность, дѣйствующая по законамъ движенія и исключающая всякій человѣческій произволъ, слѣдовательно, и свободу воли въ качествѣ причины sui generis. Отсюда возникъ детерминизмъ въ воззрѣніяхъ на общественныя явленія. Причинность неизмѣнна, и вслѣдствіе этого конкретныя ея проявленія повторяются въ аналогичныхъ случаяхъ. Неизмѣнно повторяющіяся причинныя отношенія между явленіями суть законы этихъ явленій. Свойства этихъ законовъ повсюду, отъ математики до соціологіи, одинаковы. Въ этомъ смыслѣ въ соціологіи познаются естественные законы общественныхъ явленій. Приведенное пониманіе причинности и естественныхъ законовъ эволюціи цѣликомъ вошло въ научный обиходъ позитивной исторіи права.

Какъ мы уже знаемъ, въ области общественныхъ явленій не могутъ быть найдены научные законы и добываются только законы эмпирическіе. Такое состояніе соціологіи встрѣчаетъ со стороны различныхъ позитивистовъ различную оцѣнку. Безусловные приверженцы Контовскаго и Миллевскаго позитивизма полагаютъ, что отсутствіе точныхъ научныхъ законовъ въ общественныхъ наукахъ знаменуетъ собою только временное, преходящее состояніе послѣднихъ, и надѣются, что съ дальнѣйшимъ развитіемъ общественной науки будетъ найдено основаніе для дедукціи, которая претворитъ эмпирическіе соціальные законы въ точные научные законы. Болѣе критически мыслящіе позитивисты не питаютъ этой надежды, но и не ищутъ новыхъ путей и довольствуются эмпирическими законами, потому что и они даютъ возможность предвидѣть будущія общественныя явленія,

хотя и не точно, но все же приблизительно. Имѣется, наконецъ, еще одно теченіе позитивной соціологической мысли, у котораго есть свой особый пріемъ для нахожденія научныхъ законовъ общественныхъ явленій. Мы имѣемъ въ виду экономическій матеріализмъ. Созданная Карломъ Марксомъ теорія экономическаго матеріализма не состоитъ въ прямой генетической связи съ позитивной философіей Огюста Конта, но совпадаетъ съ ней въ основныхъ воззрѣніяхъ на объектъ и на задачу научнаго изученія общественныхъ явленій и въ этомъ смыслѣ является однимъ изъ видовъ позитивизма. Экономическій матеріализмъ отправляется отъ наблюденія и помощью его добываетъ эмпирическіе законы общественныхъ явленій. Въ качествѣ средства для провѣрки эмпирическихъ законовъ и превращенія ихъ въ научные законы, экономическій матеріализмъ призналъ и принялъ діалектическій законъ эволюціи, выдвинутый Гегелемъ. Если причинныя измѣненія общественныхъ явленій совпадаютъ съ діалектическимъ ходомъ развитія чрезъ противорѣчія, тогда экономическій матеріализмъ признаетъ за этими измѣненіями характеръ абсолютной необходимости и находитъ, что въ нихъ проявляется научный естественный законъ соціальной эволюціи.

Мы не можемъ признать отсутствіе естественныхъ научныхъ законовъ въ общественныхъ наукахъ за ихъ только временное преходящее состояніе и не можемъ надѣяться на то, что въ дальнѣйшемъ развитіи общественныхъ наукъ будутъ найдены основы для дедукціи, помощью которой эмпирическіе законы будутъ превращены въ точные научные законы. Дедукція — это спеціальный методъ математики. Дедуктивная провѣрка эмпирическихъ законовъ есть ничто иное, какъ примѣненіе математики къ индуктивнымъ обобщеніямъ и облеченіе добытыхъ индукціей данныхъ въ математическія формулы. Такое примѣненіе возможно только тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ количественными отношеніями или съ такими качественными отношеніями, которыя могутъ быть переведены въ отношенія количественныя. Тамъ же, гдѣ все не можетъ быть выражено количествомъ, числомъ, точныхъ научныхъ законовъ больше нѣтъ. Въ такомъ положеніи находятся важнѣйшіе отдѣлы біологіи, и въ особенности область явленій біогенетическихъ, наиболѣе близкихъ къ явленіямъ общественнымъ. Въ области общественныхъ явленій мы имѣемъ дѣло преимущественно съ такими качественными отношеніями, которыя не могутъ быть измѣрены и вычислены, и слѣдовательно, не могутъ быть переведены въ отношенія количественныя. Поэтому въ общественныхъ наукахъ не могутъ быть установлены естественные научные законы явленій.

Мы не можемъ присоединиться къ тѣмъ представителямъ позитивизма, которые довольствуются только эмпирическими законами общественныхъ явленій и ничего больше не ищутъ. Такое отношеніе къ дѣлу является некритичнымъ, потому что оно игнорируетъ несомнѣнный кризисъ науки. Избравъ опредѣленный путь изслѣдованія, оно останавливается на полупути и не ставитъ вопроса о томъ, вполнѣ ли избранный путь отвѣчаетъ свойствамъ изучаемыхъ явленій.

Не можемъ принять и того выхода изъ создавшагося неблагопріятнаго положенія, который указывается теоріей экономическаго матеріализма. Выдвинутый Гегелемъ діалектическій законъ развитія имѣетъ смыслъ только въ непосредственной связи съ панлогическимъ міровоззрѣніемъ. Экономи-

ческій матеріализмъ отвергаетъ панлогизмъ, но сохраняетъ діалектическій законъ развитія, лишивъ его всякаго основанія. Таково внутреннее противорѣчіе исторіософіи экономическаго матеріализма. Но кромѣ того діалектическій законъ развитія вообще не доказанъ и не достовѣренъ. Онъ представляетъ собою только гипотезу и потому не можетъ, само собою разумѣется, служить для превращенія эмпирическихъ законовъ въ точные научные законы.

Итакъ, принятые методологическіе пріемы не обезпечиваютъ нахожденія научныхъ законовъ общественнаго развитія. Поэтому необходимо подвергнуть вопросъ о методологическихъ особенностяхъ общественныхъ наукъ новому пересмотру.

Слѣдуя Конту, мы признаемъ, что методъ долженъ видоизмѣняться примѣнительно къ особенностямъ изслѣдуемыхъ явленій. Вслѣдствіе этого надлежитъ предварительно разобраться въ особенностяхъ общественныхъ явленій.

Еще Контъ выдвинулъ въ качествѣ существеннаго и специфическаго признака общественныхъ явленій все увеличивающееся и все крѣпнущее вліяніе предшествующихъ поколѣній на послѣдующія. Вліяніе это можно различать двоякое: біологическое и соціологическое. Въ біологическомъ отношеніи имѣется физическая наслѣдственность, которая изслѣдуется въ антропологіи и этнологіи и такимъ образомъ подлежитъ вѣдѣнію естественныхъ наукъ. Въ соціологическомъ отношеніи имѣется передача отъ поколѣнія къ поколѣнію того, что человѣкъ самъ творитъ. Въ результатѣ человѣческаго творчества получаются культурныя цѣнности, среди которыхъ различаемъ цѣнности матеріальныя, интеллектуальныя и моральныя. Накапливанье культурныхъ цѣнностей выдѣляетъ соціологическія явленія изъ явленій біологическихъ. Имѣется общежитіе и у животныхъ. Но общежитіе животныхъ всецѣло опредѣляется ихъ физіологическими потребностями и даже физіологическими особенностями. Нѣтъ у животныхъ культуры, нѣтъ передачи культурныхъ цѣнностей, нѣтъ поэтому у нихъ общественной жизни въ подлинномъ смыслѣ этого слова, какъ она имѣется у людей. Т. н. общественная жизнь животныхъ относится всецѣло къ біологіи и не даетъ особаго матеріала для соціологіи.

Когда люди пріобрѣтутъ извѣстную культурную цѣнность, она увеличиваетъ ихъ власть надъ природой, умножаетъ ихъ силы, создаетъ нѣчто, чего до тѣхъ поръ не было, нѣчто, что превосходитъ всѣ предшествовавшія усилія. Однимъ словомъ, въ созданіи культурныхъ цѣнностей добываемое произведеніе даетъ нѣчто бо́льшее, чѣмъ представлялъ собою потраченный на него трудъ. Въ исторіи культурнаго развитія, съ каковымъ тождественно развитіе общественное, не дѣйствителенъ законъ механической причинности, согласно которому причина равна слѣдствію (causa aequat effectum). Въ общественныхъ явленіяхъ слѣдствіе превосходитъ причину (effectus exsuperat causam). Вслѣдствіе этого законы механической причинности, выведенные для естественнонаучныхъ явленій, не примѣнимы къ явленіямъ соціологическимъ. И общественныя явленія изучаются съ точки зрѣнія причинности, каузально. Только эта причинность отличается отъ механической причинности и разумѣется какъ генетическая связь общественныхъ явленій.

Возникаетъ вопросъ, можетъ ли причинное генетическое изученіе привести насъ къ установленію законовъ общественныхъ явленій въ томъ же смыслѣ, въ какомъ имѣются законы въ наукахъ естественныхъ.

Законъ естественныхъ явленій обозначаетъ такое отношеніе между явленіями, которое всегда и необходимо повторяется. Такое понятіе закона можетъ быть примѣнено и къ общественнымъ явленіямъ, но только отчасти.

Имѣются среди общественныхъ явленій и такія причинныя отношенія, которыя неизбѣжно и необходимо повторяются. Таковы, напримѣръ, отношенія между формами брака и формами родительской власти, между населенностью страны и формами земледѣлія въ ней, между техникой военнаго дѣла, военнымъ строемъ и государственнымъ устройствомъ. Такія отношенія могутъ быть устанавливаемы какъ отношенія естественныя въ духѣ механической причинности и по правиламъ естественныхъ наукъ. Опредѣленіемъ такихъ законовъ занимается соціологія, которую можно назвать естественной наукой о человѣческомъ обществѣ.

Развитіе общества въ цѣломъ основывается, какъ указано выше, на наростаніи культурныхъ цѣнностей и представляетъ собою особый причинный процессъ, въ которомъ слѣдствіе превосходитъ причину. Поэтому развитіе общества въ цѣломъ есть процессъ, неповторяемый и обладающій своимъ особымъ, можно сказать, индивидуальнымъ характеромъ. Это процессъ идіографическій, какъ выражается Риккертъ. Идіографическій процессъ общественнаго развитія изучается въ исторіи. Исторія изслѣдуетъ не естественные законы повторяемости общественныхъ отношеній, но генетическое развитіе процесса, который явился однажды и не повторялся. Неповторяемость историческаго развитія общества приводитъ къ тому, что въ отношеніи общественныхъ явленій время имѣетъ, какъ это отмѣтилъ современный намъ философъ Бергсонъ, не количественное, а качественное значеніе. Въ генетическомъ развитіи исторіи не могутъ быть установлены законы механической причинности. Въ немъ можетъ быть только вскрыта извѣстная послѣдовательность ступеней развитія, которая бы разумѣлась какъ необходимая. Такая послѣдовательность не можетъ быть опредѣлена съ точки зрѣнія одной только причинности. Для установленія ея требуется еще и телеологическая оцѣнка.

Въ качествѣ критерія для телеологической оцѣнки общественнаго развитія можетъ быть взято только трансцендентальное сужденіе о тѣхъ цѣнностяхъ, которыя создаются въ исторіи и составляютъ содержаніе культуры.

Выше мы различили три вида культурныхъ цѣнностей: матеріальныя, интеллектуальныя и моральныя цѣнности. Первое мѣсто среди нихъ по значенію принадлежитъ моральнымъ цѣнностямъ, ибо матеріальныя и интеллектуальныя цѣнности являются, въ концѣ концовъ, только средствомъ для рѣшенія проблемы сожительства людей, т. е. моральной проблемы.

Зависящая отъ цѣлокупнаго состоянія общественной жизни послѣдовательность въ осуществленіи моральныхъ задачъ представляетъ собою закономѣрность общественнаго развитія. Такъ понимаемые законы общественнаго развитія носятъ совершенно особый характеръ и отличны отъ

естественныхъ законовъ механической причинности. Ихъ можно назвать соціальными законами.

Основу для установленія соціальныхъ законовъ доставляютъ тѣ эмпирическіе законы генетической причинности, на которые наводитъ насъ наблюденіе общественныхъ явленій въ ихъ историческомъ, эволюціонномъ теченіи. Эмпирическіе законы общественныхъ явленій превращаются въ научные соціальные законы помощью дедукціи, какъ училъ еще О. Контъ. Но только за отправную точку для этой дедукціи берутся не данныя біологіи, которыми оперировалъ Контъ, и не математическія формулы, которыя въ предѣлахъ общественныхъ явленій не возможны, а трансцендентальныя моральныя идеи, которыя служатъ критеріемъ для оцѣнки историческихъ моральныхъ цѣнностей и имѣютъ значеніе регулятивныхъ идей общественнаго развитія.

Таково пониманіе задачи и метода исторіи права, которое можетъ указать намъ выходъ изъ научнаго кризиса, вызваннаго односторонним и безоглядным позитивизмом[1]. Приведенное пониманіе опирается на научную философію неокантіанцевъ (см. выше § 3, I), среди которыхъ Риккертъ спеціально занимается проблемой историческаго познанія[2].

На современную научную философію въ неокантіанскомъ духѣ мы не смотримъ какъ на простое возвращеніе «назадъ къ Канту» (zurück zu Kant). Мы видимъ въ ней новое направленіе, которое, опираясь на Кантовскую критику, учитываетъ всѣ послѣдующія теченія философской и научной мысли и открываетъ путь для дальнѣйшаго ея развитія. Необходимо устранить односторонность прямолинейнаго позитивизма, какъ нѣкогда самъ позитивизмъ устранялъ односторонность идеалистической философіи. Основываясь въ этомъ дѣлѣ на Кантовской критикѣ, исторіософская мысль должна, однако, преодолѣть гносеологическій субъективизмъ Канта и кантіанцевъ и перешагнуть черезъ пропасть, которая зіяетъ между нормативными идеями, устанавливаемыми субъектомъ познанія и объективнымъ бытіемъ. Ради этого исторіософская мысль обращается къ Фихте (Joh. Gottl. Fichte) и Гегелю. Въ спеціальномъ изслѣдованіи о исторіософскихъ воззрѣніяхъ Фихте — Эмиль Ласкъ показалъ, какъ посредствомъ своего ученья о національности Фихте преодолѣвалъ разобщеніе между

---

[1] Критику односторонняго безоглядного позитивизма и попытку направить исторію права на путь болѣе критическій даетъ Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, Lausanne—Paris, 1908—1919. Отмѣтимъ кстати, что приведенное сочиненіе Туртулона является первымъ гносеологическимъ и методологическимъ изслѣдованіемъ, спеціально посвященнымъ исторіи права.

[2] См. Heinrich Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2-te Aufl., Tübingen, 1910. Въ этомъ небольшомъ по объему сочиненіи авторъ резюмируетъ все свое ученіе и приводитъ всѣ относящіеся сюда труды свои. Для ознакомленія съ неокантіанствомъ въ наукѣ права могутъ служить: Emil Lask, Rechtsphilosophie въ сборникѣ: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, hrsgg. von W. Windelband, II. Bd., 1905, S. 1—50; G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей исторіи права, 1916 г.; Erich Kaufmann, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie, 1921.

познающимъ и морализующимъ субъектомъ и объективнымъ историческимъ бытіемъ. Іосифъ Колеръ проповѣдуетъ неогегельянство въ исторіи права. Въ указанномъ направленіи исторія и исторія права могли бы также опереться и на идеи Бергсона о творческой эволюціи и интуитивномъ познаніи.

Всѣ приведенныя воззрѣнія проистекаютъ изъ теоріи историческаго познанія и пребываютъ на высокихъ вершинахъ исторической мысли. Обычный же и вмѣстѣ съ тѣмъ самый существенный трудъ историка вообще и историка права въ частности заключается прежде всего въ томъ, чтобы тщательно и точно изучать факты. Недаромъ Туртулонъ въ своемъ сочиненіи о философскихъ началахъ исторіи права называетъ истинными основоположниками исторической науки тщательныхъ разсказчиковъ и критиковъ, которые посвящаютъ всѣ усилія своего ума и знанья тому, чтобы установить до мельчайшихъ подробностей фактическія данныя неопровержимой подлинности. И это правильно, потому что наблюденіе составляетъ основу историческаго познанія. Еще идеалистическая философія выдвинула наблюденіе, позитивизмъ его утвердилъ, а современная критическая философія еще болѣе его укрѣпляетъ. Неправильное представленіе позитивизма о повторяемости историческаго процесса давало иногда поводъ для скороспѣлыхъ обобщеній, отъ чего историческое наблюденіе извращалось и во всякомъ случаѣ утрачивало необходимую точность. Признаніе идіографическаго характера историческаго процесса направляетъ историковъ на путь тщательнѣйшаго и строжайшаго наблюденія.

Строгій путь наблюденія не допуститъ никакихъ апріорныхъ предпосылокъ, которыя бы оцѣнивали факты до ихъ эмпирическаго изученія и напередъ бы предопредѣляли различное значеніе разнаго рода фактовъ, или явленій. Какъ разъ такая именно предпосылка содержится въ теоріи экономическаго матеріализма. Теорія эта напередъ дѣлитъ соціальные факты на факторы и послѣдствія. Единственными факторами она признаетъ экономическія отношенія, въ частности отношенія хозяйственнаго производства, а всѣ остальныя общественныя явленія, — право, государство, нравственность, религію, вообще идеологію, — считаетъ только производными отъ хозяйственной жизни, надстройкой надъ экономикой. Для всякаго, кто не утратилъ способности мыслить свободно и критически, совершенно ясно, что приведенная предпосылка не можетъ быть допущена, потому что она напередъ извращаетъ наблюденіе и дѣлаетъ его завѣдомо одностороннимъ. Самое дѣленіе различныхъ разрядовъ явленій на факторы и послѣдствія не можетъ быть оправдано съ объективной точки зрѣнія. Объективно можно лишь утверждать, что между всѣми разрядами, или классами явленій имѣется взаимное вліяніе и взаимодѣйствіе. Въ соотвѣтствіи съ этимъ Туртулонъ предлагаетъ, чтобы въ вопросѣ о взаимоотношеніяхъ между различными разрядами и видами общественныхъ явленій слово «причина» было замѣнено словомъ «взаимное вліяніе» (influence réciproque).

---

§ 30. СРАВНИТЕЛЬНО-ИСТОРИЧЕСКІЙ МЕТОДЪ И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВѢДѢНІЕ

М. М. Ковалевскій, Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи, 1880 г.; Sir F. Pollock, The history of Comparative Jurisprudence, 1903 (Journal of the Society of Comparative Legislation); E. Lambert, La fonction du droit comparé, 1903; R. Saleilles, La fonction juridique du droit comparé, 1909 (Rechtswissenschaftliche Beiträge, Festgabe für J. Kohler); Congrès international de droit comparé. Procès verbaux des séances et documents, 2 vols., 1905; Ѳ. В. Тарановскій, Сравнительное правовѣдѣніе въ концѣ XIX вѣка, Варшава, 1902 г.; В. А. Краснокутскій, Сравнительный методъ въ частномъ правѣ, Критическое Обозрѣніе, 1909 г., вып. VII; H. Hayem, L'étude du droit comparé, 1909; Giorgio del Vecchio. Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtsgeschichte, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VII Bd., 1913—1914.

Основнымъ пріемомъ позитивнаго метода, на которомъ зиждется историческое изученіе права въ современной наукѣ, является наблюденіе. Для причиннаго объясненія и установленія закономѣрности развитія права въ человѣческомъ обществѣ недостаточно наблюдать историческій процессъ одного какого либо національнаго права, такъ какъ при этомъ трудно и даже не возможно отдѣлить дѣйствительныя причины явленій отъ несущественной для нихъ внѣшней обстановки. Необходимо наблюдать всѣ доступныя нашему изученію системы права, сравнивать ихъ между собою, выдѣлять однообразный ходъ ихъ историческаго развитія и такимъ образомъ улавливать извѣстную закономѣрность въ эволюціи права. Позитивный историческій методъ изученія права становится поневолѣ методомъ сравнительно-историческимъ.

Сравнительный пріемъ изученія издавна извѣстенъ юриспруденціи, которая пользовалась имъ для разнообразныхъ цѣлей.

Къ сравненію прибѣгали древніе законодатели, когда, прежде чѣмъ дать законы своей странѣ, путешествовали, изучали обычаи и законы чужихъ странъ, сравнивали ихъ и выбирали достойные образцы для собственнаго правотворенія. Такова легендарная исторія возникновенія законодательства XII таблицъ и Солона, подтверждаемая по существу сравнительнымъ изученіемъ этихъ законовъ съ источниками, откуда они черпали отдѣльныя свои постановленія. Такова же документально намъ уже извѣстная исторія составленія позднѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ, напримѣръ, Уложенія царя Алексѣя Михайловича (1649 г.), составители котораго несомнѣнно путемъ сравненія выбирали пригодныя для русской жизни юридическія нормы и изъ Кормчей Книги, и изъ Литовскаго Статута. Нечего ужъ говорить о новѣйшихъ кодификаціонныхъ работахъ: предварительное собираніе обильнаго сравнительнаго матеріала и пользованіе имъ является для нихъ общимъ правиломъ.

Пользовались сравнительнымъ пріемомъ и въ судебной практикѣ. Въ этомъ отношеніи особенно замѣчательна дѣятельность римскихъ praetores peregrini. Призванные разбирать тяжбы между римскими гражданами и иностранцами, юридическія отношенія которыхъ не подлежали дѣйствію «гражданскаго права» (iuris civilis), преторы эти вынуждены были не только судить, но и творить право и создали особую систему общенароднаго права (см. выше стрн. 163). Нормы послѣдняго

формально выводились изъ естественнаго разума, т. е. изъ нѣкоторыхъ основныхъ юридическихъ принциповъ, устанавливавшихся не примѣнительно къ условіямъ прежней замкнутой жизни гражданской общины древняго Рима, а въ расчетѣ на болѣе широкій правовой оборотъ. Эти болѣе широкіе общіе юридическіе принципы добывались однако не однимъ лишь отвлеченнымъ разсужденіемъ, а, какъ показываютъ новѣйшія историческія излѣдованія juris gentium, и эмпирически, — путемъ сопоставленія римскаго гражданскаго права съ положительнымъ правомъ иностранцевъ и сравнительнаго такимъ образомъ построенія новыхъ нормъ, доступныхъ правосознанію обѣихъ сторонъ и обогащавшихъ положительное право каждой изъ нихъ.

Классическая древность дала намъ образцы пользованія сравнительнымъ пріемомъ не только для практическихъ цѣлей юриспруденціи, но и для теоретическаго изученія явленій правовой и государственной жизни. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи замѣчательнѣйшій починъ сдѣланъ былъ родоначальникомъ систематическаго научнаго знанія европейской культуры, — греческимъ философомъ Аристотелемъ. Онъ долго и тщательно изучалъ устройство различныхъ эллинскихъ государствъ (т. н. *πολιτεία* политіи, т. е. конституціи, выражаясь современнымъ языкомъ) и даже законы варваровъ (т. е. народовъ, не принадлежавшихъ къ эллинской культурѣ) и только на основаніи этихъ данныхъ создалъ свое ученіе о государствѣ, или политику (*πολιτική*). Въ Политикѣ Аристотеля установлены такимъ образомъ типическія черты эллинской государственности, добытыя путемъ сравнительнаго изученія нормъ и практики различныхъ городовъ-государствъ Греціи.

Христіанство обрѣло новый источникъ права въ Священномъ Писаніи. Изъ этого источника проистекла цѣлая новая система Божественнаго права. Этой системѣ противостояло римское право, какъ наиболѣе совершенное выраженіе правовой мудрости человѣческой. Съ христіанской точки зрѣнія было въ высшей степени важно сравнить римское право съ правомъ Божественнымъ, особенно съ законодательствомъ Моисеевымъ, которое было дано отъ Бога примѣнительно къ грѣховной человѣческой природѣ. Если въ результатѣ сравненія окажется, что обѣ системы въ основныхъ своихъ началахъ совпадаютъ, то это будетъ свидѣтельствовать о справедливости свѣтскаго права. Такая именно задача была поставлена еще въ V вѣкѣ по Р. Х. и осуществлена въ произведеніи, озаглавленномъ: Collatio legum Mosaicarum et Romanarum. Основная мысль названнаго произведенія оказала на средневѣковыхъ юристовъ большое вліяніе. Они часто сравнивали римское право со Священнымъ Писаніемъ и такимъ путемъ вскрывали въ римскомъ правѣ «писаный разумъ» (ratio scripta), или элементы естественнаго права.

Въ первое же столѣтіе т. н. новаго времени (въ XVI в.) знаменитый французскій государствовѣдъ Боденъ (Jean Bodin) воскресилъ Аристотелевскую традицію относительно пользованія сравнительнымъ пріемомъ для цѣлей эмпирическаго изученія явленій правовой и государственной жизни. Въ своихъ «Шести книгахъ о государствѣ» (Les six livres de la république, 1576 г.)

Боденъ на основаніи обильнаго сравнительнаго матеріала создалъ типологическое ученіе о новомъ европейскомъ государствѣ.

Съ XVII вѣка научное развитіе юриспруденціи потекло, какъ намъ уже извѣстно, по руслу раціонализма и вылилось въ школу естественнаго права. Дедуктивно-демонстративный методъ послѣдней (см. выше стрн. 167) принципіально отрицалъ наблюденіе и, слѣдовательно, и сравненіе. На самомъ дѣлѣ однако естественноправовыя построенія не обходились безъ эмпирическаго матеріала и, привлекая послѣдній, прибѣгали и къ пріему сравненія. Добыть конкретное содержаніе правоположеній изъ одного лишь абстрактнаго разсужденія оказывалось невозможнымъ. Приходилось извлекать его изъ данныхъ положительнаго права, поскольку онѣ удовлетворяли критерію естественной справедливости. Самый критерій въ видѣ общаго правила устанавливался разумомъ a priori. Но и по этому основному вопросу о критеріи справедливости дѣлалось отступленіе въ сторону эмпиріи. Часть представителей школы естественнаго права видѣли критерій справедливости въ эмпирическомъ фактѣ однообразнаго соблюденія того или другого правоположенія всѣми народами. Въ этомъ отношеніи эмпирическое направленіе школы естественнаго права опиралось, повидимому, съ одной стороны, на указаніе Гая о томъ, что установленное естественнымъ разумомъ соблюдается одинаково у всѣхъ народовъ (см. выше стрн. 164), съ другой стороны, на ученіе западной церкви, согласно которому повсемѣстное и всегдашнее признаніе всѣми почитается за признакъ подлинной каѳоличности, слѣдовательно, истинности (Quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est: hoc est vere proprieque catholicum). Разъ критерій справедливости полагали въ однообразномъ соблюденіи извѣстныхъ правоположеній всѣми или, по крайней мѣрѣ, многими народами, для установленія содержанія естественноправовыхъ нормъ требовалось сравнительное изученіе права различныхъ народовъ, такъ какъ только путемъ сравненія можно было изъ многообразнаго содержанія отдѣльныхъ системъ положительнаго права извлекать нормы, однообразно соблюдаемыя повсюду и, слѣдовательно, естественноправовыя. Дѣйствительно, подобное пользованіе сравнительнымъ пріемомъ мы замѣчаемъ у цѣлаго ряда представителей эмпирическаго направленія школы естественнаго права. Интересно отмѣтить, что аналогичный случай встрѣчается и въ русской юридической литературѣ XVII вѣка. До насъ дошло рукописное сочиненіе неизвѣстнаго украинскаго автора, въ которомъ сравниваются статьи Уложенія царя Алексѣя Михайловича съ артикулами Литовскаго Статута, устанавливается совпаденіе многихъ постановленій того и другого кодекса, и въ этомъ совпаденіи усматривается доказательство естественной справедливости содержащихся въ нихъ правоположеній.

Въ эпоху господства въ научной юриспруденціи школы естественнаго права въ XVII вѣкѣ только одинъ Лейбницъ сознавалъ необходимость самостоятельнаго историческаго изученія права и намѣчалъ въ этомъ направленіи широкую научную программу, которая, какъ мы говорили объ этомъ выше (стрн. 238), осталась непонятой его современниками. Въ программѣ этой отводилось соотвѣтственное мѣсто и сравнительному пріему изученія. Лейбницъ считалъ желательнымъ, чтобы было изучено право всѣхъ извѣстныхъ историческихъ народовъ, въ томъ числѣ и

славянъ, и сопоставлено въ одномъ обозрѣніи, или «зрѣлищѣ законовъ» (theatrum legale). Путемъ такого сравнительнаго обозрѣнія онъ надѣялся выяснить процессъ всемірнаго развитія права.

Сравнительнымъ пріемомъ пользовался и другой знаменитый предтеча самостоятельнаго историческаго изученія права — Монтескье въ своемъ извѣстномъ уже намъ сочиненіи: «О духѣ законовъ» (1748 г.). Онъ устанавливалъ необходимыя отношенія между положительнымъ правомъ и внѣшними условіями его порождающими, на основаніи сопоставленія и сравненія положительнаго правового матеріала различныхъ временъ и народовъ.

Юристы практическаго направленія пользовались сравненіемъ для нахожденія въ партикулярныхъ системахъ національнаго права общихъ нормъ. Такой сравнительной обработкѣ подверглись, начиная съ XVI вѣка, французскіе кутюмы и партикулярныя системы нѣмецкаго національнаго права (das gemeine deutsche Recht).

Историческая школа признавала право произведеніемъ исключительно народнаго духа и такимъ образомъ не испытывала потребности въ сравнительномъ изученіи системъ положительнаго права разныхъ народовъ. Но и историческая школа не обошлась безъ сравнительнаго пріема, только онъ служилъ у нея особому назначенію. Національное право, которое историческая школа дѣлала предметомъ своего изученія, не является чѣмъ то изначала даннымъ и въ своемъ единствѣ представляетъ собою плодъ долгаго историческаго развитія. Въ ранніе періоды имѣются лишь дробныя партикулярныя системы права, изъ которыхъ затѣмъ слагается единая система права національнаго. Локализуя единое національное право въ отдаленнѣйшемъ прошломъ, историческая школа создавала это національное право искусственно, отвлекая общіе признаки у партикулярныхъ обычаевъ и законовъ и соединяя ихъ въ одну систему. Такое отвлеченіе и объединеніе достигалось путемъ сопоставленія и сравненія партикуляристическихъ системъ права. Національное право древности является ничѣмъ инымъ, какъ сравнительной конструкціей, построенной историкомъ изъ дробнаго партикуляристическаго матеріала. Конструированные такимъ образомъ институты національнаго права нигдѣ и никогда не дѣйствовали во всей ихъ полнотѣ, ибо вездѣ были свои мѣстныя особенности юридическаго быта. Тѣмъ не менѣе, такія конструкціи являются вполнѣ умѣстными съ научной точки зрѣнія, такъ какъ въ нихъ ярко выражены тѣ элементы дѣйствительной общности правового развитія, которые въ дальнѣйшемъ привели къ образованію единой системы національнаго права. Сравнительный пріемъ построенія національнаго права древности, выдвинутый историческою школою, вызывается свойствами самаго объекта изслѣдованія и потому является вообще неизбѣжнымъ при разработкѣ исторіи права того или другого отдѣльнаго народа.

Философія исторіи Гегеля поставила на очередь всемірную исторію права и такимъ образомъ потребовала изученія права различныхъ народовъ, слѣдовательно, и сравнительнаго изученія. Сравнительному пріему ставилось однако у историковъ-гегельянцевъ особое заданіе. Согласно ученію Гегеля на каждой ступени всемірной исторіи только одинъ народъ воплощалъ въ себѣ свойственное данной стадіи развитія проявле-

ніе объективной идеи. Сообразно этому задача сравнительнаго изученія права сводилась къ тому, чтобы установить этотъ передовой и культурно господствующій народъ. Содержаніе объективной идеи права и характеръ внѣшняго выраженія ея въ ту или другую эпоху намѣчались, въ сущности говоря, a priori. Поэтому сравнительное изученіе эмпирическаго правового матеріала предназначалось только для оправданія нѣкоторой заранѣе данной, апріорной схемы развитія.

Строго научная постановка дана была сравнительному изученію права только позитивной методологіей. Въ этой новой постановкѣ сравненіе является ничѣмъ инымъ, какъ особой, крайне полезной и цѣлесообразной разновидностью основного пріема позитивнаго метода, — наблюденія. Для выясненія причинной связи между явленіями недостаточно наблюдать явленія въ тѣхъ условіяхъ, въ которыхъ они объективно даны, такъ какъ многочисленность предшествующихъ и сопровождающихъ условій затрудняетъ опредѣленіе дѣйствительной причины даннаго явленія. Въ виду этого цѣлесообразно наблюдать изучаемыя явленія въ обстановкѣ условій, произвольно измѣняемыхъ изслѣдователемъ. Такое наблюденіе есть ничто иное, какъ экспериментальный опытъ, извѣстный всѣмъ намъ изъ физики. Общественныхъ явленій мы не въ состояніи уловить ни въ какую колбу или реторту и не въ состояніи подвергнуть ихъ экспериментальному изслѣдованію. Невозможность произвольнаго измѣненія условій наблюденія общественныхъ явленій возмѣщается тѣмъ, что одни и тѣ же явленія происходятъ въ цѣломъ рядѣ человѣческихъ обществъ при разнообразныхъ условіяхъ. Стоитъ сравнить одно и то же явленіе въ конкретномъ разнообразіи условій, объективно данномъ въ различныхъ человѣческихъ обществахъ, и можно въ разнообразіи условій выдѣлить дѣйствительную причину явленія съ такимъ же успѣхомъ, какъ это дѣлается при произвольномъ измѣненіи условій изслѣдователемъ. Такимъ образомъ сравненіе замѣняетъ собою невозможный и потому недостающій въ общественныхъ наукахъ экспериментальный опытъ.

Для того, чтобы сравненіе было плодотворнымъ, т. е. для того, чтобы оно на самомъ дѣлѣ вело къ установленію однообразія явленій, обнаруженію ихъ дѣйствительныхъ причинъ и выявленію закономѣрности ихъ развитія, необходимо сравнивать явленія подобныя. Подобными же могутъ быть только общественныя явленія, стоящія на одной и той же ступени развитія. Было бы совершенно безцѣльно сравнивать управленіе первобытной орды кочевниковъ съ государственнымъ строемъ Англіи. Напротивъ того, сравнительное изученіе конституціонныхъ учрежденій въ различныхъ странахъ даетъ положительные и цѣнные результаты. Поэтому сравненіе должно итти рука объ руку съ исторіей, и сравнительный методъ изученія права долженъ быть методомъ сравнительно-историческимъ. Наличность историческаго момента въ указанномъ смыслѣ отличаетъ сравнительный пріемъ позитивной методологіи отъ того сравнительнаго изученія, которымъ пользовались Аристотель, Боденъ и Монтескье. Имъ чуждо было надлежащее представленіе объ эволюціи. Они сравнивали поэтому учрежденія и законы различныхъ стадій развитія, въ сущности несоизмѣримыхъ. Если, не смотря на это, они

достигали обобщеній высокой цѣнности, то такіе результаты несовершеннаго метода получались, благодаря особой проникновенности ихъ сильныхъ умовъ, а также благодаря тому, что они подсознательно сосредоточивались на явленіяхъ болѣе или менѣе однородныхъ стадій развитія и въ скрытомъ видѣ слѣдовали объективному началу эволюціи формъ человѣческаго общежитія.

Сравнительно-историческое изученіе явленій правовой и государственной жизни ведетъ къ созданію особой научной дисциплины, — сравнительнаго правовѣдѣнія (vergleichende Rechtswissenschaft, droit comparé). Сравнительное правовѣдѣніе устанавливаетъ однообразіе въ развитіи права и государства у различныхъ народовъ и въ различныхъ обществахъ. Такимъ путемъ оно служитъ выясненію закономѣрности развитія явленій правовой и государственной жизни. Сравнительное правовѣдѣніе является такимъ образомъ частью соціологіи, какъ единой, синтезирующей науки объ обществѣ. Въ составъ послѣдней сравнительное правовѣдѣніе входитъ наряду съ другими аналогичными дисциплинами, каковы: сравнительное изученіе хозяйственнаго быта, сравнительная исторія религій и сравнительное языкознаніе. Послѣднее достигло наибольшей научной точности и во многомъ служило образцомъ для разработки сравнительнаго правовѣдѣнія.

Сравнительный методъ примѣняется не только для цѣлей сравнительнаго правовѣдѣнія, но и при изученіи исторіи права того или другого отдѣльнаго народа. Въ послѣднемъ случаѣ сравнительно-историческій методъ служитъ установленію однообразныхъ стадій развитія, обнаруженію дѣйствительныхъ причинъ измѣненія явленій, а также выясненію отличительныхъ ихъ особенностей, порождаемыхъ своеобразіемъ условій той или другой конкретной общественной среды.

Сравнительное правовѣдѣніе выдвинулось и сложилось на почвѣ позитивнаго историческаго изученія права и находится съ нимъ во внутренней неразрывной связи. Наряду съ этимъ, однако, сравнительное правовѣдѣніе выступаетъ и какъ особый видъ догматической юриспруденціи. Въ области юридической догматики сравнительное правовѣдѣніе играетъ двоякую роль, — вспомогательнаго средства и самостоятельной дисциплины. При построеніи догматической системы того или другого національнаго права привлекается нерѣдко сравнительный матеріалъ другихъ законодательствъ съ цѣлью болѣе совершеннаго и болѣе точнаго выясненія данной національной системы права или же съ цѣлью нагляднаго обнаруженія въ ней пробѣловъ и недостатковъ. На основаніи сравнительнаго изученія положительнаго права нѣсколькихъ государствъ даются сравнительныя догматическія конструкціи отдѣльныхъ институтовъ или цѣлой юридической системы. Такія сравнительно-догматическія построенія дѣлаются какъ съ теоретическою, такъ и съ практическою цѣлью. Въ теоретическомъ отношеніи такія конструкціи служатъ выясненію типическихъ чертъ правового уклада, свойственныхъ той или другой группѣ изученныхъ системъ права. Въ практическомъ отношеніи такія конструкціи могутъ содѣйствовать извѣстному уравненію и унификаціи національныхъ системъ права въ соотвѣтствіи съ требованіями все возрастающаго международнаго оборота мирнаго времени.

И въ качествѣ догматической дисциплины, сравнительное правовѣдѣніе опирается на позитивное историческое пониманіе права. Сравнительно-догматическія конструкціи имѣютъ смыслъ только примѣнительно къ матеріалу положительнаго права одной и той же основной стадіи развитія. Сравнительное догматическое конструированіе правового матеріала, исторически разнороднаго и потому несоизмѣримаго, оказалось бы безплоднымъ какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніи.

§ 31. ИСТОРІЯ, ДОГМА И ПОЛИТИКА ПРАВА

Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. IV, глава XIII; Ѳ. В. Тарановскій, Историческое и методологическое взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права, Журн. Мин. Юст., 1907 г., № 3; С. А. Муромцевъ, Что такое догма права? 1885 г.; С. В. Пахманъ, О современномъ движеніи въ наукѣ права, 1882 г.; A. Menger, Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft 1895 (имѣются три русскихъ перевода); Les méthodes juridiques, leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910 par M. M. Larnaude, Berthélémy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon, Gény, préface de Paul Deschanel, Paris, 1911; François Gény, Science et technique en droit privé positif, tomes I—II, 1914—1915; A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht, I. Die theoretische Grundlegung, 1920, §§ 11—12; Neukamp, Die Entwicklungsgeschichte des Rechts, I. Bd.: Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895; G. C. Lee, Historical Jurisprudence, An Introduction to the Systematic Study of the Development of Law, 1900; Pierre de Tourtoulon, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, 1908—1919; Otto Fischer, Ziel und Methode des rechtsgeschichtlichen Unterrichts, 1908; A. Eleutheropulos, Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik, 1908; Walter Anderssen, Der Wert der Rechtsgeschichte und ihre Grenzen, 1911; Carl Koehne, Ueber einen Versuch gegen die herrschende Wertung rechtshistorischer Forschungen, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI. Band, 1912 — 1913; Roscoe Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 1912 (Harvard Law Review vol. XXIV—XXV); Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, XX—XXI; A. Bonucci, Die Kritik des positiven Rechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VII. Band, 1913—1914; Л. І. Петражицкій, Введеніе въ науку политики права, Кіевск. Унив. Извѣстія, 1896 г. №№ 8 и 10, 1897 г. № 9; М. П. Чубинскій, Курсъ уголовной политики, 2-ое изд., 1912 г.; van Calker, Rechtspolitik, въ Handbuch der Politik, изд. подъ ред. Лабанда, Ваха, Вагнера, Лампрехта и Листа, томъ I, 1912 г.; В. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, 1916 г., очерки XV и XVI.

Въ самомъ началѣ курса мы указывали, что право изучается и разрабатывается съ трехъ точекъ зрѣнія, — исторической, догматической, политической, — и что сообразно этому научная юриспруденція распадается на три основныя отрасли, — исторію права, юридическую догматику (догматическую юриспруденцію) и политику права. Въ настоящее время умѣстно будетъ остановиться нѣсколько подробнѣе на характеристикѣ взаимоотношенія между этими тремя отраслями научнаго правовѣдѣнія.

Въ центрѣ научнаго правовѣдѣнія стоитъ догматическая юриспруденція; задача ея является основной цѣлью научной разработки права; ея экзегетическіе (экзегеза = толкованіе) и конструктивные пріемы образуютъ профессіональное искусство юристовъ и составляютъ отличительный признакъ того, что можно назвать юридическимъ мышленіемъ.

Какъ право предназначено регламентировать поступки людей, такъ и юриспруденція призвана служить цѣлямъ примѣненія права въ жизни, чему, какъ знаемъ, и служитъ догматическая юриспруденція.

Какъ право не довлѣетъ себѣ, но составляетъ лишь одну сторону цѣлокупной общественной жизни, исполняя функцію нормированія соціальныхъ отношеній ради соціальныхъ цѣлей, такъ и догматическая юриспруденція не можетъ пребывать замкнутой въ себѣ и должна входить въ соприкосновеніе съ другими отраслями научнаго правовѣдѣнія и обществовѣдѣнія. Юридическая догматика не можетъ довольствоваться однимъ лишь формальнологическимъ толкованіемъ положительнаго права и должна осмысливать его изученіемъ тѣхъ общественныхъ отношеній, которыми порождаются правовыя нормы, и тѣхъ общественныхъ цѣлей, достиженію которыхъ онѣ служатъ. Догматическая юриспруденція не можетъ быть юриспруденціей понятій (Begriffsjurisprudenz) и должна быть соціальной юриспруденціей. На этомъ послѣднемъ пути она встрѣчается съ другими научными дисциплинами, которыя пріобрѣтаютъ для нея значеніе дисциплинъ вспомогательныхъ. Здѣсь прежде всего должна быть отмѣчена исторія права, которою широко пользуется догматика при т. н. историческомъ толкованіи, безъ какового невозможно пониманіе внутренняго смысла нормъ дѣйствующаго права. Соціальное содержаніе и значеніе послѣдняго уясняется въ первую голову исторіей права. То, что даетъ для этой цѣли исторія права, оказывается однако недостаточнымъ и должно восполняться изученіемъ современнаго состоянія общества. Догматикѣ приходится обращаться и къ политической экономіи, и къ государствовѣдѣнію, и къ всевозможнымъ спеціальнымъ изслѣдованіямъ различныхъ сторонъ матеріальной и духовной жизни общества.

Въ дѣйствующемъ правѣ неизбѣжно попадаются пробѣлы. Догматической юриспруденціи приходится восполнять ихъ и переходить отъ примѣненія права къ самостоятельному до извѣстной степени правотворенію. Здѣсь догматика соприкасается съ политикою права, принимая на себя частично функціи послѣдней. Все же отъ политики права догматическая юриспруденція рѣзко отличается господствующимъ въ ней началомъ легальности, или законности, т. е. началомъ связанности всѣхъ догматическихъ построеній общими юридическими принципами, лежащими въ основѣ дѣйствующаго права. Эта связанность остается въ силѣ и даетъ себя чувствовать и въ тѣхъ случаяхъ, когда при наличности пробѣловъ въ положительномъ правѣ догматическая юриспруденція вступаетъ на путь частичнаго правотворенія.

Исторія права, съ одной стороны, служитъ цѣлямъ историческаго толкованія дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, съ другой стороны, преслѣдуетъ самостоятельную и болѣе широкую, теоретическую задачу причиннаго познанія развитія права. Исполняя первую свою функцію, исторія права составляетъ часть юриспруденціи; въ преслѣдованіи второй задачи исторія права выходитъ за предѣлы послѣдней и вступаетъ въ болѣе широкую область обществовѣдѣнія. Слѣдуя общимъ правиламъ позитивной соціологической методологіи, исторія права въ то же время пользуется и пріемами юридической техники. Результаты своихъ изысканій она выражаетъ, такъ сказать, юридическимъ языкомъ и по отдѣльнымъ періодамъ

строитъ для прошлыхъ временъ юридическія конструкціи на подобіе того, какъ это дѣлаетъ догматическая юриспруденція по отношенію къ дѣйствующему праву. Наличность юридически-конструктивнаго элемента составляетъ специфическую особенность исторіи права и выдѣляетъ ее изъ общей исторіи.

Политика права отправляется отъ критики дѣйствующаго права, не связана принципомъ законности и занимается проблемой дальнѣйшаго правотворенія. Вѣдѣнію ея подлежатъ, какъ принято говорить, вопросы не de lege lata (о законѣ изданномъ, т. е. дѣйствующемъ), а de lege ferenda (о законѣ, который долженъ быть изданъ, долженъ дѣйствовать).

Политика права представляетъ собою ничто иное, какъ внесеніе сознательнаго человѣческаго творчества въ стихійный закономѣрный процессъ развитія права. Такое сознательное творчество должно опираться прежде всего на знаніе процесса закономѣрнаго развитія права, которое дается исторіей. Отсюда понятна та связь, которая существуетъ между политикой права и исторіей права. Исторія права устанавливаетъ тенденцію развитія, даетъ прогнозъ (предвѣдѣніе) и предвидѣніе дальнѣйшей эволюціи, при свѣтѣ котораго только и возможно сознательное правотвореніе. Данныя, предоставляемыя политикѣ права исторіей, объясняютъ происхожденіе запросовъ, побуждающихъ къ отмѣнѣ существующаго и творенію новаго права, знакомятъ съ тѣмъ соціальнымъ матеріаломъ, который имѣется въ распоряженіи для правотворенія и вообще даютъ указанія относительно необходимости приноровленія правового творчества къ измѣнчивости и относительности всего проявляющагося въ неустанномъ процессѣ эволюціи. Сверхъ всего этого политика права нуждается еще въ телеологической оцѣнкѣ запросовъ новаго права. Критерія для этой оцѣнки не въ состояніи дать ни исторія, ни догматика, и критерій этотъ черпается изъ идеи естественнаго права (см. выше стрн. 174—176).

Политика права облекаетъ свои построенія въ техническія юридическія формулы, которыя заимствуетъ у догматической юриспруденціи. Наличность юридически-конструктивнаго элемента выдѣляетъ политику права изъ общей соціальной политики.

Историческая, догматическая и политическая точки зрѣнія могутъ проводиться обособленно, образуя самостоятельные трактаты по исторіи права, догматической юриспруденціи и политикѣ права, или же соединяться въ одномъ сочиненіи, въ которомъ тотъ или другой вопросъ изслѣдуется исторически, разрабатывается догматически и обсуждается de lege ferenda. Научныя требованія сводятся въ послѣднемъ случаѣ къ тому, чтобы указанныя точки зрѣнія не смѣшивались, чтобы догмѣ не навязывались политическія цѣли, и исторія права не подгонялась бы искусственно подъ догму или же не искажалась подъ давленіемъ политики. Методически неправильнымъ было бы и сведеніе политики права къ мечтаніямъ о возвратѣ прошлаго, въ чемъ видятъ смыслъ историзма въ эпохи общественной и политической реакціи.

Исторія, догма и политика права составляютъ три равноцѣнныя отрасли юриспруденціи, и всѣ онѣ заслуживаютъ научнаго вниманія. Замѣчается однако, что по обстоятельствамъ времени и состоянію общества то та,

то другая отрасль привлекаетъ къ себѣ преимущественное вниманіе ученыхъ юристовъ. Въ переходныя, критическія эпохи общественной жизни, когда не довольны существующимъ и ищутъ новаго правового уклада, преобладаетъ научный интересъ къ политикѣ и исторіи права. Послѣ разнаго рода реформъ, удовлетворяющихъ общественные запросы на болѣе или менѣе продолжительное время, нпр., послѣ введенія конституціи или изданія новаго уголовнаго или гражданскаго уложенія, догматическая юриспруденція беретъ верхъ надъ исторіей права и политикой. Подобныя колебанія научныхъ интересовъ въ правовѣдѣніи вполнѣ объяснимы и понятны. Отнюдь не слѣдуетъ однако возводить фактъ въ норму и въ пылу увлеченія догматикой ограничивать ею всѣ задачи научнаго правовѣдѣнія и отвергать историческую и политическую точки зрѣнія, или же, предавшись историческому изученію права, отказывать въ научномъ значеніи догматической юриспруденціи. Подобная односторонность, нерѣдко встрѣчающаяся въ исторіи науки права, представляетъ собою научное заблужденіе и приводитъ къ недоразумѣніямъ, вреднымъ для развитія научной мысли.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ

C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1896 г., 2-ое изд. 1909 г.; L. Gumplowicz, Allgemeines Staatsrecht, 2-ое изд. 1897 г., 3-ье изд. 1907 г.; русскій переводъ: Л. Гумплowичъ, Общее ученіе о государствѣ, 1910 г.; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1899 г., 2-ое изд. сокращенное и популярное въ Sammlung Goeschen, 1907 г.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1900 г., 2-ое изд. 1905 г., 3-ье изд. (unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. W. Jellinek) 1914 г.; русск. перев.: Г. Еллинекъ, Общее ученіе о государствѣ, 2-ое изд. 1908 г.; Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Band I u. II (1. 2.) 1901—1903; Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911; A. Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6-me édition publiée par J. Barthélémy, 1914; русск. переводъ: А. Эсменъ, Общія основанія конституціоннаго права, изд. 2-ое, 1909 г.; Maurice Hauriou, Les principes du droit public, 1909, 2-e éd., 1916; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2 vols., 1911; Sir F. Pollock, Introduction to the History of the Science of Politics, 1897; Ф. Поллокъ, Исторія политическихъ ученій, русск. перев., 1898 г.; Graham, English Political Philosophy, 1899; S. Leacock, Elements of political science, 1906; Frank J. Goodnow, Principles of Constitutional Government, 1916; Б. Н. Чичеринъ, Курсъ государственной науки, т. I и II, 1896 г.; М. А. Рейснеръ, Государство, части I и II—III, 1911—1912 гг.; Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, Лекціи по общему государственному праву, изд. 2-ое, 1912 г.; Н. И. Лазаревскій, Русское государственное право, томъ I, изд. 3-ье, 1913 г., Введеніе: Общія понятія о государствѣ; Е. В. Спекторскій, Государство, Петроградъ, 1917 г.; Слободан Јованович, О Држави. Основа једне правне теорије. 3-е перед. и дополн. изд. Бѣлградъ, 1922.

§ 32. ВСТУПИТЕЛЬНЫЯ ЗАМѢЧАНІЯ

Въ общемъ ученіи о правѣ мы неизмѣнно разсматривали послѣднее, какъ явленіе общественной жизни. Отправную точку для установленія понятія права мы находили въ различіи содержанія и формы общественной жизни. Отраженіе послѣдней замѣчалось и отмѣчалось нами повсюду, — въ строеніи, дѣленіи, примѣненіи и осуществленіи права. Ознакомленіе съ задачами и методами историческаго изученія права обнаружило предъ нами съ особенной наглядностью сущность и значеніе права, какъ продукта и фактора общественной жизни. Пройденное нами общее ученіе о правѣ во всѣхъ своихъ частяхъ опиралось на ученіе объ обществѣ. Поэтому логи-

чески понятнымъ и для полноты общаго ученія необходимымъ является переходъ отъ теоріи права къ ученію о соціальной средѣ его развитія, т. е. о тѣхъ союзахъ общежитія людей, въ которыхъ право проявляется и дѣйствуетъ.

Въ человѣческомъ общежитіи можно различать троякаго рода элементы: экономическій, психологическій и организаціонный, или политическій. Экономическій элементъ общежитія, это — сотрудничество (кооперація) людей, направленное на добываніе и обезпеченіе матеріальныхъ средствъ существованія и развитія. Психологическій элементъ общежитія, это — духовное взаимодѣйствіе сожительствующихъ и сотрудничающихъ другъ съ другомъ людей, которое выражается въ взаимномъ приспособленіи ихъ чувства, воли, перекрестномъ, такъ сказать, оплодотвореніи интеллекта, и проявляется въ установленіи прогрессирующаго сознанія чувства солидарности участниковъ общественной жизни. Организаціонный или политическій элементъ общежитія, это — неизмѣнно устанавливающійся въ общежитіи внѣшній строй подчиненія и властвованія. Всѣ три элемента неразрывно и нераздѣльно соединены въ общественной жизни, взаимно другъ друга обусловливая, опредѣляя и направляя. Раздѣленіе ихъ производится лишь познающимъ разумомъ съ методологическою цѣлью, — въ виду невозможности обнять заразъ весь общественный процессъ и необходимости изслѣдовать отдѣльныя его стороны. Не всѣ три элемента общежитія людей изслѣдованы при современномъ состояніи науки въ одинаковой мѣрѣ. Менѣе всего изслѣдованъ элементъ психологическій. Несравненно болѣе глубоко и полно изслѣдованы элементы экономическій и политическій.

На основаніи изученія экономической и политической стороны общественной жизни и, слѣдовательно, примѣнительно къ различнымъ проявленіямъ сотрудничества, подчиненія и властвованія, проводится классификація извѣстныхъ наукѣ общественныхъ союзовъ. Классификація эта охватываетъ рядъ послѣдовательныхъ ступеней соціальной эволюціи, начиная съ т. н. первобытной культуры, граничащей со стаднымъ существованіемъ животныхъ, и кончая сложными формами общежитія современной цивилизаціи. Само собою разумѣется, что было бы весьма желательно и полезно пройти всю эту эволюціонную лѣствицу видовъ человѣческаго общежитія и прослѣдить по всѣмъ ея ступенямъ, какое мѣсто занимаетъ и какое значеніе имѣетъ право во всѣхъ доступныхъ научному наблюденію союзахъ общежитія людей. Такая задача оказывается однако для насъ непосильною какъ вслѣдствіе недостаточности времени, которымъ располагаетъ годичный курсъ энциклопедіи права, такъ и по существу. Дѣло въ томъ, что соціологія, откуда пришлось бы черпать отвѣтъ на столь обширный вопросъ, далеко еще не разработана въ такой степени, чтобы выводы ея изысканій можно было уложить въ болѣе или менѣе точную теоретическую схему, необходимую для учебника.

Въ виду сказаннаго мы ограничимся ученіемъ о ближайшемъ къ намъ видѣ человѣческаго общежитія, о государствѣ, какъ той непосредственной соціальной средѣ, въ которой въ теченіе многихъ столѣтій развивается право нашей европейской культуры. При этомъ мы сосредоточимъ наше вниманіе на европейскомъ государствѣ новаго времени и въ поискахъ его

генезиса не будемъ восходить далѣе феодальнаго строя среднихъ вѣковъ, въ которомъ коренятся зародыши всѣхъ специфическихъ особенностей политическаго уклада новаго и новѣйшаго времени. Античное государство, греческое и римское, мы будемъ принимать въ соображеніе постольку, поскольку въ построеніи античной государственности и главнымъ образомъ въ ученіи о ней классическихъ философовъ и юристовъ сложились нѣкоторыя основныя политическія начала, общія у нихъ съ практикой и теоріей государственнаго строя новаго времени. Сверхъ того мы не должны забывать, что черезъ средніе вѣка прошла въ государственный обиходъ новаго времени нѣкоторая политическая традиція классическаго, преимущественно римскаго міра. Традиція эта проявлялась главнымъ образомъ въ сферѣ идей, но не оставалась безъ вліянія и на фактическій распорядокъ государственныхъ отношеній. Эту традицію намъ придется учитывать и по поводу нея дѣлать нѣкоторые экскурсы въ область античной государственности.

Сосредоточивая свое вниманіе на государствѣ новаго времени, какъ на союзѣ общежитія, непосредственно для насъ дѣйствительномъ и наиболѣе изученномъ, мы подводимъ подъ изложенное въ первой части курса общее ученіе о правѣ то основаніе, на которомъ можемъ чувствовать себя наиболѣе устойчиво, и на которомъ зиждется догматическая юриспруденція, занимающая въ научномъ образованіи и профессіональной дѣятельности юриста центральное мѣсто. При этомъ однако мы должны помнить, что государство является только однимъ изъ видовъ общежитія, въ которыхъ развивается и дѣйствуетъ право, и что поэтому то положеніе, которое занимаетъ право въ системѣ государственной организаціи, является не единственнымъ, но лишь однимъ изъ конкретныхъ проявленій юридической регламентаціи поведенія людей въ общежитіи. Самый принципъ юридической регламентаціи, самое начало права представляетъ собою нѣчто неизмѣнное въ человѣческомъ общежитіи, какъ неизмѣнна въ немъ и наличность организаціоннаго, или политическаго элемента. Государство же есть лишь одинъ изъ видовъ человѣческаго общежитія, измѣняющихся и эволюціонирующихъ. Можно сказать, что право, какъ таковое, есть нѣчто абсолютное, государство нѣчто относительное. Вслѣдствіе этого всякаго рода государственныя теоріи права и юридическія теоріи государства имѣютъ относительное значеніе въ условіяхъ даннаго политическаго уклада. Поэтому теоріи этого рода были обойдены молчаніемъ въ общемъ ученіи о правѣ и излагаются нами только въ общемъ ученіи о государствѣ.

ГЛАВА X. КОНСТИТУТИВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ ГОСУДАРСТВА

Государство опредѣляютъ какъ союзъ людей, живущихъ на опредѣленной территоріи и подчиненныхъ единой политической власти. Въ соотвѣтствіи съ этимъ различаются три конститутивныхъ элемента государства: территорія, государственная власть и населеніе.

§ 33. ТЕРРИТОРІЯ

В. А. Незабитовскій, Ученіе публицистовъ о междугосударственномъ владѣніи, 1860 г. (Собр. Соч., 1884 г.); Fricker, Vom Staatsgebiet, 1867; Л. А. Шаландъ, Юридическая природа территоріальнаго верховенства, томъ I, 1903 г.; Radnitzky, Die rechtliche Natur des Staatsgebiets, Archiv für öffentliches Recht, 1906; А. Л. Сакketти, Основныя ученія о территоріальности государства, Извѣстія Мин. Иностр. Дѣлъ, 1915 г., кн. I.

I. Отнесеніе территоріи къ конститутивнымъ элементамъ государства знаменуетъ собою то, что государственный строй признается принадлежностью осѣдлой культуры. Политическія организаціи эпохи бродячей и кочевой культуры противополагаются строю государственному. Осѣдлая жизнь со свойственнымъ ей земледѣльческимъ и торгово-промышленнымъ бытомъ создаетъ особыя экономическія и психологическія условія для развитія государственности. Такимъ образомъ можно сказать, что опредѣляющее для государственной организаціи значеніе территоріи проявляется не непосредственно, а, такъ сказать, посредственно, — черезъ тотъ укладъ экономической, главнымъ образомъ, культуры, которая слагается при тѣхъ или другихъ территоріальныхъ данныхъ.

Значеніе территоріи для государственнаго строя было сознано еще въ классической древности и нашло себѣ выраженіе у политическихъ мыслителей того времени. Вопросъ разсматривался съ точки зрѣнія вліянія физическихъ условій территоріи на развитіе культуры вообще и государственной культуры въ особенности. Зависимость культуры отъ физическихъ свойствъ территоріи понималась въ томъ смыслѣ, что природа страны предопредѣляетъ не только степень развитія, но и самую возможность государственной культуры. Изъ этой мысли исходила и на ней была построена знаменитая теорія климатовъ, впервые развитая

въ «Политикѣ» Аристотеля. По ученію Аристотеля, только на территоріи теплаго климата Эллады можетъ развиваться государственная культура; страны жаркаго и холоднаго климатовъ обрекаютъ живущее въ нихъ населеніе на варварское, т. е. на несоизмѣримое съ культурой и неподдающееся ей существованіе. Теорія климатовъ стала научной традиціей и повторялась до XVIII вѣка включительно. Воспроизводилъ эту теорію въ XVI вѣкѣ Боденъ съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что предѣлы благопріятствующаго культурѣ умѣреннаго климата отодвигалъ дальше на сѣверъ въ соотвѣтствіи съ ходомъ исторіи, выдвинувшей на поприще міровой культуры страны средней Европы. Классическую теорію климатовъ находимъ въ XVIII вѣкѣ у Монтескье, который, хотя и выводилъ политическую свободу не изъ мягкаго юга, а изъ суроваго сѣвера Европы, — изъ Скандинавіи, но все же училъ, что страны жаркаго климата предопредѣлены къ существованію въ нихъ домашняго и политическаго рабства, и въ видѣ общаго правила признавалъ «власть климата» наиболѣе могущественнымъ проявленіемъ господства природы страны надъ ея законами и учрежденіями.

Къ общему ученію объ опредѣляющемъ государственный строй дѣйствіи климатическихъ условій Монтескье прибавилъ спеціальное ученіе о необходимомъ отношеніи, которое существуетъ между величиной территоріи и формой правленія въ государствѣ. Большія государства съ пространной территоріей обречены на деспотическое правленіе; въ государствахъ съ территоріей средней величины устанавливается умѣренное монархическое правленіе; и только на мелкой территоріи возможно республиканское правленіе. Послѣднее положеніе можно найти еще у греческихъ философовъ: и Платонъ, и Аристотель въ качествѣ необходимаго условія для совершенной «политіи» (республики) намѣчали маленькую территорію съ незначительнымъ количествомъ населенія. Территоріальная дробность эллинской республиканской государственности, проявлявшаяся и въ жизни, и въ теоріи, несомнѣнно произвела соотвѣтственное впечатлѣніе на Монтескье. Недаромъ онъ размышлялъ о томъ, какимъ бы образомъ можно было сочетать республиканскую свободу съ расширеніемъ территоріи, необходимымъ для увеличенія оборонительной силы государства, и остановился на федераціи (союзѣ государствъ), какъ на удачной формѣ такого сочетанія. Ученіе о неуклонной зависимости формы правленія отъ величины государственной территоріи связано съ именемъ Монтескье и въ теченіе долгаго времени почиталось въ государствовѣдѣніи за научный законъ политической организаціи.

Неудержимый ходъ исторіи и познаніе ея эмпирическихъ данныхъ наукою ниспровергли и теорію климатовъ, и ученіе Монтескье о предопредѣляющемъ форму правленія значеніи величины территоріи. Приспособленіе человѣка къ условіямъ физической среды и въ этомъ смыслѣ господство культуры надъ природой въ процессѣ историческаго развитія наглядно показываютъ несостоятельность прежнихъ доктринъ. Достаточно указать на новыя государственныя образованія въ Южной Америкѣ, Австраліи и Африкѣ, и напомнить о томъ, что Франція въ предѣлахъ одной

и той же (средней величины по опредѣленію Монтескье) территоріи была монархіей и сдѣлалась республикой.

Никто не станетъ отрицать, что между физическими условіями страны и ея государственной организаціей существуетъ извѣстное отношеніе, но отношеніе это нельзя признавать ни неизмѣннымъ, ни непосредственнымъ. Оно мѣняется подъ вліяніемъ совершенствующагося приспособленія человѣка къ физической средѣ и проявляется въ преломленіи чрезъ человѣческую культуру. Въ виду этого изученіе физическихъ свойствъ территоріи имѣетъ смыслъ въ государствовѣдѣніи только въ связи съ состояніемъ культуры населенія. И теорія климатовъ связывала территорію съ населеніемъ, но останавливала свое вниманіе на физіологическихъ и психологическихъ особенностяхъ людей, обусловливаемыхъ рожденіемъ ихъ въ томъ или другомъ климатическомъ поясѣ, причемъ придавала этимъ особенностямъ характеръ предустановленной неизмѣнности. Такой взглядъ долженъ былъ подъ вліяніемъ роста историческаго и соціологическаго пониманія вещей уступить мѣсто эволюціонной точкѣ зрѣнія на взаимоотношеніе между территоріей, характеромъ населенія, его культурой и государственнымъ строемъ.

II. Съ точки зрѣнія юридической территорія въ теченіе весьма долгаго времени разсматривалась какъ объектъ вещнаго обладанія, права собственности государства, точнѣе — государя, ибо основнымъ, наиболѣе распространеннымъ типомъ новой европейской государственности, примѣнительно къ которому вырабатывались юридическія конструкціи, была монархія, и государство воплощалось въ личности государя.

Взглядъ на территорію, какъ на объектъ вещнаго обладанія со стороны государства, генетически (по своему происхожденію) связанъ съ юридической природой той сложившейся въ средніе вѣка основной ячейки политической организаціи, изъ которой развилось новое европейское государство. Такой ячейкой было привилегированное дворянское землевладѣніе, — домэнъ, или сеньерія, по-русски, — вотчина. Домэнъ представлялъ собою поземельную собственность (dominium), съ которой соединялась опредѣленная политическая власть надъ свободнымъ и полусвободнымъ населеніемъ данной земли. Въ основѣ этой власти лежало право суда, почему и вся эта власть именовалась средневѣковыми юристами юрисдикціей (iurisdictio). Даже такія полномочія домэніальнаго владѣльца, или сеньера, вотчинника, какъ право собирать налоги и воиновъ, разсматривались какъ слѣдствіе основного права юрисдикціи. Самая же юрисдикція почиталась за принадлежность вещнаго права землевладѣнія, такъ что доходы, которые получалъ домэніальный владѣлецъ отъ суда, опредѣлялись какъ гражданскіе плоды (fructus civiles) землевладѣнія. Такимъ образомъ политическая власть домэніальнаго владѣльца надъ населеніемъ домэна оказывалась не непосредственной, а производной отъ вещнаго права на землю. Вотчинникъ непосредственно господствовалъ надъ землей и чрезъ землевладѣніе — надъ населеніемъ своей земли.

Въ процессѣ послѣдовательнаго историческаго развитія, подробную характеристику котораго намъ придется дать въ ученіи о государственной

власти, наиболѣе крупный и могущественный домэніальный владѣлецъ сосредоточилъ въ своихъ рукахъ власть надъ населеніемъ обширной территоріи, собранной изъ множества отдѣльныхъ домэновъ, и создалъ такимъ образомъ новое государство. Подъ властью государя-вотчинника оказались и населеніе домэновъ, искони жившее подъ вотчинной юрисдикціей, и прежде самостоятельные домэніальные владѣльцы, подчинявшіеся ранѣе только договорной власти. Не смотря на такой двойственный составъ подданнаго государю населенія, власть государева и, слѣдовательно, государственная сложилась по типу домэніальному, вотчинному, т. е. она по прежнему основывалась на землевладѣніи. Власть государя-вотчинника опредѣлялась юристами какъ территоріальное право (ius territorii), или какъ земельное верховенство (Landeshoheit). Государь непосредственно обладалъ вещнымъ правомъ на территорію, и уже изъ этого права на территорію вытекало его право властвованія надъ населеніемъ послѣдней.

Наростаніе сознательности и развитіе чувства солидарности въ средѣ участниковъ государственнаго общежитія постепенно привело къ отмѣнѣ воззрѣнія, согласно которому населеніе разсматривалось какъ принадлежность территоріи, и власть надъ нимъ признавалась слѣдствіемъ вотчиннаго права на землю. Это новое сознаніе солидарности нашло себѣ теоретическое выраженіе въ ученіи школы естественнаго права о договорномъ происхожденіи общества и государства. Не исконное право привилегированнаго землевладѣнія, а добровольное соглашеніе свободныхъ людей стали почитать за основаніе и источникъ власти и всякой политической организаціи. Такимъ образомъ за государственными отношеніями признанъ былъ характеръ непосредственныхъ отношеній между людьми, и за властью — характеръ непосредственнаго господства надъ людьми. Старая конструкція территоріальнаго права (iuris territorii) была поколеблена, но не сдала новому воззрѣнію всей своей позиціи, а только раздѣлила съ нимъ свое прежнее мѣсто. Населеніе было признано объектомъ властвованія наряду съ территоріей, которая по прежнему сохранила значеніе объекта вещнаго обладанія со стороны государства. Совокупность полномочій государственной власти стали выводить такимъ образомъ изъ двухъ титуловъ (правооснованій): господства надъ людьми и права собственности на территорію. Послѣднее понималось какъ верховное право собственности (dominium eminens), которое допускало существованіе непосредственнаго права собственности (dominium directum) частныхъ лицъ на отдѣльныя части территоріи, но вмѣстѣ съ тѣмъ удерживало за государствомъ нѣкоторыя исключительныя права. Къ послѣднимъ относили: право государства на нѣдра земли, право взиманія поземельнаго налога и выводимыхъ изъ него разнаго рода другихъ податныхъ сборовъ, право принудительнаго отчужденія поземельной собственности для общественныхъ надобностей и всякія мѣры чрезвычайной необходимости, сопряженныя съ вторженіемъ въ частную собственность. Такова была конструкція территоріальнаго верховенства (Gebietshoheit), какъ особаго вещнаго права государства на территорію. Удерживалась она, благодаря живучести традиціи домэніальнаго, вотчиннаго происхожденія политической организаціи.

Разрывъ съ домэніальной, вотчинной традиціей послѣдовалъ тогда, когда власть перестала быть нераздѣльнымъ достояніемъ государя, и къ участію во власти привлечено было населеніе въ лицѣ народныхъ представителей. Обобществленіе власти окончательно укрѣпило пониманіе государственнаго властвованія какъ господства надъ людьми. Ученіе о территоріальномъ верховенствѣ оказалось болѣе ненужнымъ. Всѣ тѣ полномочія власти, которыя прежде выводились изъ территоріальнаго верховенства, нашли себѣ достаточное объясненіе въ томъ общемъ правѣ принужденія, которое составляетъ основную принадлежность и отличительный признакъ господства надъ людьми въ государственной организаціи. При этихъ условіяхъ территорію стали конструировать юридически не какъ объектъ вещнаго обладанія со стороны государства, а какъ пространственный предѣлъ дѣйствія государственной власти.

Новая конструкція государственной территоріи была формулирована впервые русскимъ юристомъ — Незабитовскимъ (въ 1860 г.) и лишь затѣмъ нѣмецкимъ юристомъ — Фрикеромъ (въ 1867 г.). Сочиненіе Незабитовскаго осталось неизвѣстнымъ за предѣлами Россіи, и потому въ западно-европейской наукѣ новая юридическая конструкція территоріи связывается съ именемъ Фрикера. Намъ русскимъ надлежитъ, однако, помнить о научномъ пріоритетѣ нашего соотечественника по данному вопросу. «Государство», говорилъ Незабитовскій, «властвуетъ въ предѣлахъ территоріи, но не надъ территоріей, и территорія не предметъ, а предѣлъ державной власти».

§ 34. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ

I. — P. Sander, Feudalstaat und bürgerliche Verfassung, 1907; J. F. v. Schulte, „Der Feudalstaat und der moderne Staat“ и „Die Verdienste des Bürgertums und der Städte im Mittelalter um die Staats- und Rechtsentwicklung“ въ Lebenserinnerungen, III. Bd: Essays, 1909; F. Tezner, Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts, 1901; G. v. Below, Der deutsche Staat des Mittelalters, I. Bd., 1914; Н. И. Карѣевъ, Помѣстье-государство и сословная монархія среднихъ вѣковъ, 1-ое изд. 1906 г., 3-ье изд. 1913 г.; Западно-европейская абсолютная монархія XVI—XVIII вѣковъ, 1908 г.; Происхожденіе современнаго народно-правового государства. Историческій очеркъ конституціонныхъ учрежденій и ученій до середины XIX в., 1908 г.; Н. И. Палієнко, Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе, 1903 г.; Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, 1904 г., главы I, II, IV; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, 1909 г., глава I; G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882; Borel, Étude sur la souveraineté et l'état fédératif, 1886; L. Le Fur, État fédéral et confédération d'états, 1896; S. Combothecra, La conception juridique de l'état, 1899; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III. Bd., 1906, Kap. VIII u. XVII; Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität mit der Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Rechtslehre, 1920.

II. — Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права §§ 43—44; Léon Duguit, Études de droit public: I. L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901; II. L'état, les gouvernants et les agents, 1903; G. Simmel, Soziologie der Ueber- und Unterordnung, въ сборникѣ его-же: Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, 1908; G. Tarde, Les transformations du pouvoir, 1899, 2-e edit., 1903; R. Piloty, Autorität und Staatsgewalt, 1905; С. Л. Франкъ, Про-

блема власти, журн. «Вопросы жизни», 1905 г., мартъ (перепеч. въ сборникѣ: «Философія и жизнь", 1910 г.); Fr. v. Tessen-Wesierski, Der Autoritätsbegriff in den Hauptphasen seiner historischen Entwicklung, 1907; Hans Kelsen, Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911, глава III; Hans Kelsen, Der juristische und der soziologische Rechtsbegriff, 1922; П. А. Покровскій, О государственной власти, Юридическія Записки, 1914 г., вып. XXI—XXII; Б. А. Кистяковскій, Сущность государственной власти, Юридич. Записки, 1913 г., вып. III, и Соціальныя науки и право, 1916 г., очеркъ IX.

I. Государственная власть новаго времени можетъ быть понята только въ генетической связи съ тѣми разнообразными видами властвованія, которые ей непосредственно предшествовали, и на почвѣ которыхъ она сложилась.

Средніе вѣка знали три вида мѣстной политической власти,—сеньератъ, сюзеренитетъ и муниципальную власть городовъ, — и два вида власти всемірной, — міровую имперію (imperium mundi) и вселенскую церковь. Всѣ эти виды властвованія такъ или иначе сочетались въ процессѣ образованія государственной власти новаго времени, и потому намъ необходимо остановиться на каждомъ изъ нихъ.

Сеньератъ это власть владѣльца домэна, или сеньеріи (seigneurie), о которой намъ пришлось уже говорить въ предыдущемъ параграфѣ. Власть эта основывалась на землевладѣніи, изъ котораго выводилось уже господство надъ населеніемъ земли. Сообразно этому власть эта являлась патримоніальной, или по-русски — вотчинной.

Домэніальные владѣльцы, или сеньеры были по отношенію другъ къ другу самостоятельными и не состояли въ отношеніи соподчиненія власти, которая вытекала бы, на подобіе ихъ собственной домэніальной власти, изъ какого либо непроизводнаго права третьяго лица. Какъ субъекты самостоятельнаго властвованія, они вступали другъ съ другомъ въ вольныя договорныя отношенія, содержаніемъ которыхъ являлось извѣстное подчиненіе, съ одной стороны, и извѣстное покровительство, извѣстная защита, съ другой. Установленіе такихъ договорныхъ отношеній вызывалось потребностью во внѣшней безопасности, — въ организаціи силъ обороны и нападенія, а также потребностью въ устройствѣ суда для разрѣшенія столкновеній между самостоятельными домэніальными владѣльцами. Удовлетвореніе указанныхъ потребностей достигалось путемъ подчиненія болѣе слабаго болѣе сильному и той реальной защиты, которую второй оказывалъ первому. Отношенія подчиненія (службы), съ одной стороны, и защиты, съ другой, устанавливались путемъ т. н. вассальнаго договора. Сторона подчиняющаяся называлась вассаломъ, сторона покровительствующая — сюзереномъ. Такъ какъ различіе слабости и силы между домэніальными владѣльцами представляло собою градацію разныхъ степеней могущества, то вассальные договоры, охватывавшіе сеньеровъ, шли непрерывной цѣпью отъ наиболѣе слабаго къ наиболѣе сильному и образовали собою длинную іерархическую лѣстницу послѣдовательнаго вассальнаго подчиненія и сюзереннаго покровительства. Такими чертами характеризуется т. н. феодальный строй или феодализмъ, опредѣлявшій какъ личныя, такъ и поземельныя отношенія въ средніе вѣка. На извѣстной территоріи, въ предѣлахъ тяготѣнія къ единству экономическихъ и національныхъ ин-

тересовъ, цѣпь вассальныхъ договоровъ замыкалась, и лѣстница феодальныхъ отношеній завершалась. На вершинѣ стоялъ наиболѣе могущественный сеньеръ, котораго можно бы назвать верховнымъ сюзереномъ въ странѣ. Принадлежавшая ему сюзеренная власть характеризуется слѣдующими чертами. Источникомъ этой власти былъ договоръ, и вслѣдствіе этого власть сюзеренная являлась властью производной, не самостоятельной, зависимой отъ согласія другой стороны (вассала). Содержаніе сюзеренной власти опредѣлялось вассальнымъ договоромъ и обнимало собою только военную организацію и судебную. Всякое расширеніе компетенціи сюзерена могло послѣдовать не иначе, какъ по особому соглашенію съ вассалами. Въ порядкѣ дѣйствія сюзеренная власть не простиралась непосредственно на всѣхъ, а проявлялась путемъ послѣдовательной передачи по ступенямъ іерархической феодальной лѣстницы. Верховный сюзеренъ отдавалъ распоряженіе своимъ прямымъ вассаламъ, тѣ передавали его своимъ и такъ далѣе, покуда дѣло не доходило до низшихъ ступеней іерархической феодальной организаціи. Этотъ порядокъ передачи также обусловливалъ зависимый характеръ сюзеренной власти. По нѣкоторымъ вопросамъ, главнымъ образомъ — судебной, отчасти — финансовой организаціи, верховный сюзеренъ обладалъ извѣстными правами прямого проявленія власти, но это было отступленіемъ, хотя и чреватымъ послѣдствіями въ будущемъ, но все же не отмѣнявшимъ общаго порядка передаточнаго дѣйствія сюзеренной власти.

Города входили въ общую феодальную лѣстницу, такъ какъ у нихъ были свои сеньеры и сюзерены. Однако, во внутренней своей жизни города пользовались общиннымъ самоуправленіемъ, существенно отличавшимся отъ феодальныхъ распорядковъ. Муниципальная власть основывалась юридически не на договорѣ, а на статутѣ, данномъ сеньеромъ и у него купленномъ, и на обычаѣ, такъ что по отношенію къ городскому населенію она выступала съ характеромъ власти непроизводной и независимой. Содержаніе муниципальной власти не предопредѣлялось никакими договорными пунктами и потому свободно развивалось въ зависимости отъ потребностей городской жизни. Дѣйствіе муниципальной власти простиралось непосредственно и прямо на все городское населеніе.

Таковы были основные виды мѣстной политической власти въ средніе вѣка. Преданіе имперской власти древняго Рима питало извѣстную организацію власти всемірной. Римскому образцу слѣдовала прежде всего западная церковь, организовавшая свою вселенскую власть на началахъ стройной системы централизованнаго правленія съ прямымъ подчиненіемъ послѣднему всѣхъ вѣрныхъ. Церковь подчиняла себѣ свѣтскую власть мѣстныхъ организацій какъ въ духовныхъ, такъ и въ мірскихъ дѣлахъ. Подчиненіе свѣтскихъ властей власти церковной облекалось до извѣстной степени въ феодальныя формы, — въ видѣ вассальной зависимости первыхъ отъ второй. Существенно важнымъ однако являлось то обстоятельство, что церковь могла воздѣйствовать на всѣхъ вѣрныхъ и помимо посредства свѣтскихъ властей, минуя послѣднія, и держала такимъ образомъ все населеніе въ прямомъ подчиненіи себѣ.

Другимъ видомъ всемірной власти была священная римская имперія, или, какъ она называлась впослѣдствіи, священная римская

имперія нѣмецкой націи. Это была власть надъ мѣстными феодальными союзами; власть эта тоже облекалась въ феодальныя формы, ибо верховные сюзерены отдѣльныхъ странъ являлись вассалами императора. Подобно церкви, и имперія въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ проявляла непосредственное дѣйствіе на все населеніе отдѣльныхъ странъ.

Образованіе новой государственности по отдѣльнымъ странамъ совершалось путемъ уничтоженія феодальной іерархіи внутри и освобожденія во внѣ отъ давленія вселенской церкви и всемірной имперіи.

Насильственно разрывалась цѣпь вассальныхъ договоровъ, и всѣ домэніальные владѣльцы приводились въ прямое подчиненіе власти верховнаго сюзерена, который въ качествѣ непосредственнаго владыки сталъ именоваться суверенемъ (верховнымъ повелителемъ). Домэніальные владѣльцы сохранили свою прежнюю сеньеріальную власть надъ населеніемъ своихъ вотчинъ, но ихъ сеньеріальныя права стали возводить къ единому источнику власти, — власти суверена, и разсматривать какъ своего рода полномочіе или делегацію послѣдней. Такимъ образомъ въ принципѣ устанавливалось прямое подчиненіе единой власти суверена всего населенія страны, хотя вплоть до конца XVIII вѣка (до революціи во Франціи) и даже позднѣе сохранялась патримоніальная власть домэніальныхъ владѣльцевъ. Установленіе единства власти (единодержавія) въ странѣ сопровождалось расширеніемъ ея компетенціи. Различныя функціи власти, находившіяся въ рукахъ многочисленныхъ вассаловъ разныхъ степеней, постепенно сосредоточивались въ рукахъ суверена. Происходилъ процессъ собиранія власти подобно тому, какъ совершалось собираніе земли, о которомъ обычно говорятъ въ русской исторіи. Объединеніе и расширеніе компетенціи власти внутри отдѣльныхъ странъ сопровождалось освобожденіемъ послѣднихъ отъ политическаго господства вселенской церкви и имперіи.

Конструкція новой государственной власти дана была къ концу XVI в. Боденомъ (Bodin) въ его знаменитомъ произведеніи «Шесть книгъ о государствѣ» (Les six livres de la république, 1576 г.).

Отличительнымъ признакомъ государственной власти Боденъ призналъ суверенитетъ (souveraineté) и опредѣлялъ суверенную государственную власть какъ власть высшую, постоянную, независимую, несвязанную извнѣ ей законами, абсолютную. Всѣ указанные признаки государственной власти могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ, — т. н. внѣшнему ея суверенитету и суверенитету внутреннему. Подъ внѣшнимъ суверенитетомъ разумѣется независимость госуарственной власти отъ какой либо политической организаціи, которая стояла бы надъ нею. По конкретнымъ условіямъ историческаго процесса здѣсь разумѣлась независимость отъ политической супрематіи церкви и священной имперіи. Внутренній суверенитетъ обнимаетъ собою непроизводность источника, полноту проявленія и прямое дѣйствіе государственной власти на все подвластное населеніе. Было признано, что государственная власть не получаетъ своихъ полномочій ни отъ какого высшаго авторитета, — церкви или имперіи, ни отъ подвластныхъ, — вассаловъ, какъ это было при феодальномъ строѣ. Она — непроизводна по своему происхожденію. Самый фактъ ея существованія является правомѣрнымъ ея основаніемъ. Непроизводность государственной власти получила совершенное выраженіе и признаніе въ ученіи о томъ, что

государственная власть установлена непосредственно (а не чрезъ посредство церкви и священной имперіи) Богомъ. Такъ какъ государственная власть не зависитъ ни отъ человѣческаго велѣнія, которое могло бы быть выше ея, ни отъ договора, заключеннаго съ нею подвластными, то проявляться она можетъ вполнѣ свободно въ соотвѣтствіи съ требованіями и запросами жизни. Власть не знаетъ никакого закона, извнѣ даннаго, стоящаго надъ нею, сама творитъ законы, и въ этомъ смыслѣ вполнѣ абсолютна, не связана никакими условіями и ничьимъ вмѣшательствомъ. Наконецъ, государственная власть не знаетъ и не допускаетъ никакихъ самостоятельныхъ промежуточныхъ властей и простираетъ свое дѣйствіе на населеніе страны прямо и непосредственно. Признавая неограниченность компетенціи государственной власти, Боденъ все же перечислялъ отдѣльныя функціи, или права ея, каковы: право войны и мира, назначеніе высшихъ сановниковъ и утвержденіе выборныхъ должностныхъ лицъ, право издавать законы, верховный судъ, право помилованія, право чеканить монету, право устанавливать мѣры и вѣсы, право налагать подати и др. Въ этомъ перечнѣ весьма ярко отразился процессъ собиранія власти, ранѣе дробившейся между отдѣльными вассалами.

Суверенитетъ является признакомъ и достояніемъ всякой государственной власти, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась, — монарха, аристократическаго совѣта или народнаго собранія. Таково было принципіальное положеніе конструкціи Бодена. Но такъ какъ новыя европейскія государства слагались почти исключительно въ формѣ монархій, то именно эту форму и имѣлъ главнымъ образомъ въ виду Боденъ и даже считалъ ее наиболѣе совершеннымъ выраженіемъ суверенитета. Такимъ образомъ ученіе о государственномъ суверенитетѣ легко сбивалось у Бодена на ученіе о монархическомъ суверенитетѣ и пріобрѣло популярность именно въ этомъ послѣднемъ, суженномъ смыслѣ.

Познакомившись съ процессомъ образованія новой государственной власти и съ конструкціей, данной ей Боденомъ, мы теперь вернемся къ тѣмъ видамъ политической власти, которые дѣйствовали въ средніе вѣка, и опредѣлимъ точнѣе отношеніе къ нимъ новой государственной власти, чтобы еще болѣе оттѣнить особенности послѣдней.

Новая государственная власть выступила въ качествѣ отрицанія всемірной политической власти церкви и имперіи. Отрицая вселенскія организаціи, государственная власть восприняла отъ нихъ существеннѣйшія качества, — независимость, непроизводность и непосредственность дѣйствія на все населеніе. Всѣ эти качества власти были, такъ сказать, внесены внутрь отдѣльныхъ странъ. Въ этомъ смыслѣ юристы новаго времени (особенно — французскіе, т. н. легисты) говорили, что государь является императоромъ въ своемъ царствѣ (rex est imperator in regno suo). Религіознымъ выраженіемъ той же мысли явилось признаніе государственной власти непосредственно установленною отъ Бога, дѣйствующей «Божьей милостью». Освобожденіе отъ политической супрематіи церкви оказало вліяніе на расширеніе компетенціи государственной власти: послѣдняя включила въ свое вѣдѣніе заботы о духовномъ преуспѣяніи подвластнаго населенія.

Въ организаціи новой государственной власти сюзеренитетъ и весь феодальный укладъ совершенно исчезли, — новая государственная власть

явилась прямымъ ихъ противоположеніемъ и могла водвориться только послѣ ихъ уничтоженія, становясь на ихъ мѣсто. Новый государственный строй сохранилъ преемственную связь съ двумя другими политическими организаціями среднихъ вѣковъ, — съ муниципальною властью и домэніальною. Въ муниципальномъ устройствѣ городовъ имѣлись тѣ начала непроизводнаго и непосредственнаго властвованія, которыя затѣмъ легли въ основу государственной организаціи всей страны. Муниципальная власть была въ этомъ отношеніи предвареніемъ власти государственной и въ нѣкоторыхъ мѣстахъ непосредственно въ нее переходила, какъ это было въ городскихъ республикахъ сѣверной Италіи. Преемственная связь съ домэніальною властью проявлялась въ томъ, что послѣдняя привлечена была для обоснованія непроизводнаго права государственнаго властвованія. Право это выводилось изъ вещнаго права на территорію или же опредѣлялось какъ собственное право (ius proprium) государя по аналогіи съ его домэніальнымъ владѣніемъ. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ оно оказывалось непроизводнымъ по отношенію къ подвластнымъ.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что новая государственная власть, облеченная въ большинствѣ европейскихъ странъ въ монархическую форму, понималась какъ власть богоустановленная и патримоніальная, или вотчинная. Суверенитетъ представлялся даннымъ отъ Бога вотчиннымъ правомъ государя на власть. Такого рода простое и прямолинейное построеніе власти подверглось значительному осложненію подъ вліяніемъ школы естественнаго права (см. о ней выше стр. 23—25 и 167—169).

Отправною точкою для всего ученія естественноправовой школы служилъ, какъ знаемъ, индивидъ. Изъ моральной природы индивида выводилась вся система права; изъ того же источника черпалось и раціональное объясненіе общественнаго уклада. Общественная организація неизмѣнно зиждется на властвованіи цѣлаго (общества) и подчиненія частей (индивидовъ). Передъ школою естественнаго права встала задача слѣдующаго рода: вывести начало власти изъ природы индивида. Основнымъ свойствомъ индивида признавалось его свободное самоопредѣленіе. Совмѣстить послѣднее съ неизбѣжнымъ въ общежитіи подчиненіемъ индивида власти можно было логически только однимъ путемъ, — путемъ добровольнаго согласія индивида на установленіе власти и подчиненіе ей. Такое согласіе должно въ одинаковой мѣрѣ исходить отъ всѣхъ и каждаго и потому должно проявиться въ видѣ взаимнаго соглашенія всѣхъ, или договора. Такимъ образомъ логически неизбѣжно возникала договорная теорія общества въ качествѣ раціональнаго объясненія общественной организаціи съ присущими ей началами властвованія и подчиненія (см. выше, стр. 152).

Общественный договоръ, выдвинутый школою естественнаго права, существенно отличался отъ договора, который былъ извѣстенъ средневѣковой юриспруденціи, — отъ договора вассальнаго. Вассальный договоръ заключался между двумя индивидами, — властвующимъ и подчиненнымъ. Общественная организація феодальнаго строя слагалась изъ непрерывнаго ряда такихъ парныхъ, если такъ можно выразиться, договоровъ. Общественный договоръ выступалъ не какъ частное, попарное соглашеніе властвующаго и подвластнаго, а какъ общее соглашеніе всѣхъ индивидовъ,

равныхъ другъ другу, самостоятельныхъ и стремящихся стать во взаимно соподчиненное отношеніе къ власти[1]. Общественный договоръ опредѣлялъ соединеніе индивидовъ въ общество, установленіе надъ ними власти и подчиненіе послѣдней. Установленная общественнымъ договоромъ власть оказывалась по отношенію къ каждому индивиду въ отдѣльности властью непроизводной, такъ какъ основывалась на единомъ общемъ соглашеніи всѣхъ между собою, а не на спеціальныхъ соглашеніяхъ съ каждымъ индивидомъ въ отдѣльности. Такимъ образомъ теорія общественнаго договора приводила логически не къ сюзеренитету, а къ суверенной государственной власти. Государство, выведенное путемъ общественнаго договора, разсматривалось какъ нѣчто независимое отъ индивидовъ, самодовлѣющее, какъ самостоятельный субъектъ права властвованія. Наиболѣе глубокій и выдержанный въ методологическомъ отношеніи представитель школы естественнаго права Ѳома Гоббсъ (въ серединѣ XVII ст.) такъ именно и смотрѣлъ на государство. «Государство», говорилъ онъ, «есть единое лицо, котораго воля, вслѣдствіе договора многихъ людей, считается волею всѣхъ, такъ что оно можетъ употреблять силы и способности каждаго для общаго мира и защиты». При такомъ воззрѣніи суверенитетъ приписывался государству, какъ юридическому лицу.

Тщательно продуманныя и строго послѣдовательныя воззрѣнія Гоббса являлись однако исключеніемъ. Общепринятое ученіе школы естественнаго права о суверенитетѣ развивалось въ другомъ направленіи. Общественный договоръ обычно понимали не какъ раціональную формулу сочетанія самоопредѣленія индивида и принципа власти, а скорѣе какъ нѣкоторую эмпирическую основу общественной организаціи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ суверенитетъ приписывали не государству, а совокупности заключившихъ общественный договоръ индивидовъ, или народу.

Гуго Гроцій различалъ двоякаго субъекта суверенитета, или верховной власти (summae potestatis), — общаго субъекта (subjectum commune) и собственнаго субъекта (subjectum proprium). Общимъ субъектомъ онъ признавалъ народъ; а собственнымъ — то лицо, или учрежденіе, которое стоитъ во главѣ государственной организаціи. Подобно тому какъ зрѣніе сосредочивается въ глазахъ, но составляетъ принадлежность всего организма, такъ и верховная власть сосредоточивается въ рукахъ того или другого ея носителя, но въ то же время принадлежитъ народу, какъ цѣлому.

Признаніе народа общимъ субъектомъ верховной власти послѣдовательно развилось въ школѣ естественнаго права въ теорію народнаго суверенитета. Теорію эту мы находимъ въ послѣдней четверти XVII вѣка у англійскаго философа и политическаго мыслителя — Джона Локка. Локкъ училъ, что суверенитетъ принадлежитъ народу, но осуществляется чрезъ посредство установленныхъ носителей власти. Сохраняя за собою суверенитетъ потенціально (какъ возможность), народъ проявляетъ его актуально (дѣйственно) только въ чрезвычайныхъ случаяхъ, когда установленныя власти нарушаютъ самыя основы общественнаго договора.

[1] Можно сказать, что вассальный договоръ былъ договоромъ сдѣлочнаго типа, а общественный договоръ разумѣлся какъ договоръ нормативный. О различіи этихъ двухъ типовъ договора см. выше стр. 188.

Въ шестидесятыхъ годахъ XVIII ст. знаменитый Жанъ-Жакъ Руссо провозгласилъ неотчуждаемую принадлежность суверенитета народу, причемъ настаивалъ на томъ, что суверенитетъ принадлежитъ народу не только потенціально, но всегда и актуально.

Теорія народнаго суверенитета проведена была въ положительное законодательство во время великой французской революціи, которая, какъ намъ уже извѣстно (см. выше стр. 172), производилась подъ знаменемъ естественнаго права и задавалась практическимъ примѣненіемъ основныхъ его положеній. Актуальное проявленіе народнаго суверенитета понималось во время революціи какъ принадлежащее народу право учредительной власти, т. е. право устанавливать тотъ или другой образъ правленія, а также какъ право избирать народныхъ представителей въ законодательное собраніе.

Положительное для государственной науки значеніе теоріи народнаго суверенитета заключалось въ томъ, что теорія эта рѣшительно пресѣкла то отождествленіе суверенитета съ властью монарха, къ которому склоненъ былъ Боденъ. Точка зрѣнія Бодена сложилась примѣнительно къ Франціи съ ея абсолютной монархіей, но для Англіи съ ея парламентскимъ строемъ она оказывалась непригодной, и мы видѣли, что именно англичанинъ Локкъ первый заговорилъ рѣшительно о народномъ суверенитетѣ. Вполнѣ понятно, что теорія народнаго суверенитета укоренилась во Франціи, когда тамъ стали добиваться ограниченія королевской власти и учрежденія народнаго представительства.

Тотъ практическій и теоретическій кризисъ, который постигъ школу естественнаго права вслѣдствіе неоправданія ея абстрактныхъ формулъ въ законодательствѣ и учрежденіяхъ революціонной эпохи (см. выше стр. 172—173), отразился и на ученіи о народномъ суверенитетѣ. Опытъ показалъ, что народъ отнюдь не представляетъ собою простой суммы равныхъ другъ другу индивидовъ и потому не можетъ быть признанъ единымъ субъектомъ верховной власти. Народъ распадается на отдѣльныя общественныя группы, которыя противостоятъ другъ другу по различію объединяющихъ ихъ интересовъ. Та или другая организація власти является результатомъ пропорціональнаго соотношенія силъ этихъ общественныхъ группъ, а не уравнительнаго соглашенія индивидовъ. Присущая такъ или иначе эмпирически сложившейся государственной организаціи верховная, или суверенная власть не можетъ почитаться ни принадлежностью народа, ни той или другой фактически преобладающей общественной группы. Государственная организація воплощаетъ въ себѣ то объединеніе разрозненныхъ интересовъ общественныхъ группъ, которое оказывается достижимымъ при наличномъ соотношеніи силъ послѣднихъ. Въ виду этого верховная власть должна быть разсматриваема какъ принадлежность государства, дающаго возможное при данныхъ условіяхъ объединеніе общественныхъ группъ и входящихъ въ нихъ индивидовъ. Такимъ образомъ эмпирическій путь опыта привелъ къ тому же выводу, который Гоббсъ сдѣлалъ раціональнымъ путемъ дедукціи. Выводъ этотъ заключается въ конструированіи государства какъ юридическаго лица, отличаемаго какъ отъ народа, такъ и отъ правителей, и въ признаніи юридической личности государства субъектомъ суверенной власти.

Кромѣ только что приведенныхъ общихъ основаній, на которыхъ покоится указанный выводъ, дѣйствовали еще и особые мотивы, побудившіе принять конструкцію государства, какъ юридическаго лица, и какъ субъекта суверенной власти. Остановимся теперь на этихъ особыхъ мотивахъ.

Мы уже знаемъ, что теорія народнаго суверенитета была направлена въ первую голову противъ отождествленія государственнаго суверенитета съ суверенитетомъ монархическимъ. Устраняя такое отождествленіе, теорія народнаго суверенитета вмѣстѣ съ тѣмъ отвергла и вотчинное право государей на верховную власть. Отверженіе вотчиннаго права государей понималось при этомъ какъ отрицаніе какого бы то ни было самостоятельнаго титула (правомѣрнаго основанія) государевой власти. Власть монарха опредѣлялась какъ власть производная, какъ делегація суверенной власти народа. На такой точкѣ зрѣнія стояла французская теорія государственнаго права подъ вліяніемъ завѣтовъ школы естественнаго права, бывшихъ въ то же время и великими принципами 1789 года.

Теорія народнаго суверенитета проводила рѣзкую грань между юридической сущностью монархической власти до и послѣ 1789 года и въ этомъ смыслѣ являлась отраженіемъ происшедшаго революціоннаго переворота, слѣдовательно, находила себѣ нѣкоторое эмпирическое оправданіе. Послѣдующія событія во Франціи и происшедшія подъ вліяніемъ французской революціи измѣненія въ государственномъ строѣ другихъ странъ, преимущественно Германіи, обнаружили несоотвѣтствіе теоріи народнаго суверенитета реальнымъ фактамъ. Реставрація Бурбоновъ на французскомъ престолѣ возстановила преемственную традицію исторической власти монарха. Вѣнскій конгрессъ провозгласилъ принципъ законности (легитимитета) монархическаго суверенитета, опирающагося на богоустановленность и вотчинное право. Принципъ этотъ носилъ явно реакціонный характеръ, т. е. возстанавливалъ старое начало, которое болѣе не соотвѣтствовало ушедшей впередъ жизни. Тѣмъ не менѣе, нельзя было отрицать того факта, что монархи не превратились въ простыхъ уполномоченныхъ державнаго (суверяннаго) народа, но и при участіи народа во власти сохранили за собою какое то самостоятельное право на власть. Пришлось задуматься надъ пріисканіемъ конструкціи для сочетанія самостоятельнаго права монарха на власть съ правомъ народа на участіе во власти. Особенно сильно потребность эта ощущалась въ Германіи, гдѣ не было революціоннаго перерыва въ историческомъ дѣйствіи монархической власти, и гдѣ народное представительство непосредственно къ ней примкнуло. Теоретическій выходъ изъ создавшагося положенія найденъ былъ въ конструкціи государства, какъ юридическаго лица. При этой конструкціи монархъ и народное представительство сочетались въ нѣкоторомъ высшемъ единствѣ какъ самостоятельные органы власти.

Благодаря только что указаннымъ особеннымъ обстоятельствамъ, теорія юридической личности государства стала къ серединѣ XIX столѣтія, къ каковому времени только научная мысль успѣла теоретически учесть происшедшія въ государственномъ строѣ измѣненія, спеціально нѣмецкой теоріей. Французскіе государствовѣды продолжали держаться теоріи народнаго суверенитета, которая послѣ 1870 года въ учрежденіяхъ третьей республики получила какъ бы новое эмпирическое оправданіе. Вѣдь въ

республикѣ при отсутствіи монарха не приходится сочетать разнородныхъ началъ власти, и нѣтъ поэтому, казалось бы, никакой надобности замѣнять народный суверенитетъ суверенитетомъ государственнымъ и конструировать особую, отличную отъ народа, юридическую личность государства. Но все это только кажется. Теорія народнаго суверенитета оказывается на самомъ дѣлѣ неудовлетворительной и въ приложеніи къ республикѣ, такъ какъ въ основѣ теоріи лежитъ понятіе народа, какъ суммы равныхъ индивидовъ, связанныхъ общественнымъ договоромъ, а этому понятію не соотвѣтствуетъ въ дѣйствительности ничто реальное. Власть принадлежитъ не этому отвлеченному народу, а опредѣленной реальной организаціи, — государству. Государство, какъ извѣстная объединяющая организація, противопоставляется розни интересовъ общественныхъ группъ и отдѣльныхъ индивидовъ. Это противоположеніе и обособленіе политической организаціи получаетъ надлежащее выраженіе въ конструкціи государства, какъ юридическаго лица.

Подводя итогъ всему сказанному, мы можемъ формулировать слѣдующій выводъ. Государственная власть характеризуется какъ власть суверенная, или верховная (можно-бы также сказать, — державная, или самодержавная). Суверенитетъ, или верховенство (державность, самодержавіе) составляетъ принадлежность государства, которое конструируется какъ юридическое лицо.

Со второй половины XIX вѣка ученіе о суверенитетѣ подверглось нѣкоторымъ колебаніямъ и сомнѣніямъ подъ вліяніемъ догматической разработки публичнаго права той сложной политической организаціи, которую представляетъ собою союзное государство.

Сложныя политическія образованія получаются чрезъ соединеніе государствъ. Различаютъ двоякаго рода соединеніе государствъ: союзъ государствъ (Staatenbund по нѣмецкой, или конфедерацію по англо-американской терминологіи) и союзное государство (Bundesstaat, федерацію). Союзъ государствъ это постоянное соединеніе международнаго (междугосударственнаго) характера двухъ или нѣсколькихъ государствъ, при которомъ каждое изъ входящихъ въ него государствъ, неся извѣстныя обязанности для союзныхъ цѣлей и пріобрѣтая соотвѣтственныя права, сохраняетъ свой суверенитетъ въ неприкосновенности. Таковъ былъ Германскій союзъ 1815—1866 г.г.; характеръ союза государствъ носитъ и реальная унія (единеніе) Австро-Венгріи (1867—1918 г.г.). Союзное государство, это такое сложное суверенное государство, въ составъ котораго входятъ отдѣльныя государства. Союзная государственная власть простираетъ свое дѣйствіе на всю территорію и все населеніе союзнаго государства. Въ то же время власть каждаго отдѣльнаго государства сохраняетъ свое дѣйствіе въ предѣлахъ своей компетенціи на своей территоріи и надъ своимъ населеніемъ. Союзнымъ государствомъ являются Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты съ 1783 г., Швейцарія съ 1848 г. и Германская имперія съ 1871 г. (и по республиканской конституціи отъ 11 августа 1919 г.).

Союзъ государствъ, какъ образованіе международнаго характера, ни въ чемъ не отразился на исторически прочно сложившемся ученіи о госу-

дарственномъ суверенитетѣ. Колебаніе и разномысліе внесено было въ это ученіе при разработкѣ союзнаго государства, которое, будучи само суверенным государствомъ, въ то же время признаетъ характеръ и значеніе государствъ и за своими составными частями. Вопросъ объ юридической природѣ федераціи былъ впервые выдвинутъ французскимъ историкомъ и государствовѣдомъ Токвилемъ въ 30-хъ годахъ XIX ст. въ его произведеніи о демократіи въ Америкѣ. Дальнѣйшая разработка этого вопроса была дѣломъ почти исключительно нѣмецкой науки, чрезвычайная заинтересованность которой въ изученіи союзнаго государства всецѣло объясняется фактомъ образованія въ 1871 г. Германской имперіи.

Теоретическое затрудненіе вызывается тѣмъ обстоятельствомъ, что составныя части союзнаго государства, ему подчиненныя и, слѣдовательно, несуверенныя, признаются по догмѣ союзно-государственной (федеральной) конституціи все же государствами. Чтобы учесть этотъ фактъ положительнаго государственнаго права, приходится признать, что наряду съ государствами суверенными существуютъ государства несуверенныя. Первые изслѣдователи вопроса побоялись сдѣлать такой выводъ, чтобы не разойтись съ историческимъ ученіемъ о суверенитетѣ. Вайцъ (въ 60-хъ гг. XIX в.) избралъ нѣкоторый средній путь рѣшенія вопроса и развилъ ученіе о томъ, что въ союзномъ государствѣ суверенитетъ раздѣленъ между союзнымъ государствомъ и государствами, входящими въ его составъ. Такое ученіе не могло удержаться, потому что въ корнѣ противорѣчило самому понятію суверенитета. Ясно, что верховенство, какъ возвышеніе надъ всѣмъ окружающимъ, никакому дѣленію подлежать не можетъ. Пришлось пойти дальше. Дѣйствительно, въ началѣ 80-хъ годовъ XIX ст. мы уже встрѣчаемъ принципіальное заявленіе Георга Іеллинека о томъ, что бываютъ государства суверенныя и несуверенныя, и поэтому суверенитетъ вообще не является существеннымъ признакомъ государства.

Существенный признакъ государства Іеллинекъ усматриваетъ въ непроизводности его правящей власти и въ устройствѣ ея на основаніи собственныхъ законовъ.

Если бы мы признали существованіе несуверенныхъ государствъ, мы бы утратили исторически сложившійся критерій, на основаніи котораго государство выдѣляется изъ ряда другихъ политическихъ организацій какъ прошлаго, такъ и настоящаго времени. Мы этого сдѣлать не можемъ. Разъ составныя части союзнаго государства не суверенны, значитъ, онѣ не государства, а государственныя провинціи съ широкой компетенціей собственнаго правленія. То обстоятельство, что догма дѣйствующаго въ союзномъ государствѣ права признаетъ его составныя части государствами, не должно насъ смущать. Такое признаніе есть не болѣе, какъ уступка воспоминаніямъ о прежней суверенности, и въ Германіи является своего рода актомъ почета, воздаваемаго владѣтельнымъ князьямъ и ихъ царствующимъ домамъ. Въ исторіи извѣстны случаи, когда термины дѣйствующаго права не выражаютъ юридической сущности обозначаемаго ими явленія, но употребляются по традиціи. Такъ, Московское государство XVII вѣка упорно называло свои составныя части «государствами», сохраняя этимъ память о былой политической самостоятельности, т. е. суверенности этихъ частей.

Переживаніе это не сразу исчезло. Еще въ Генеральномъ Регламентѣ, данномъ Петромъ Великомъ въ руководство коллегіямъ, встрѣчаемъ названіе провинцій «государствами».

Если настаивать на томъ, что составныя части Германской Имперіи являются государствами, то въ такомъ случаѣ будетъ болѣе послѣдовательно признать самую Германскую Имперію не союзнымъ государствомъ (Bundesstaat), а союзомъ государствъ (Staatenbund), какъ это и дѣлаютъ нѣкоторые, правда, весьма немногіе нѣмецкіе государствовѣды (напримѣръ, Зейдель). Слѣдуетъ отмѣтить какъ явленіе въ высшей степени характерное, что новая германская республиканская конституція отъ 11 августа 1919 г., сохранившая за Имперіей характеръ союзнаго государства, именуетъ составныя части послѣдней не государствами (Staaten), какъ это дѣлала конституція 1871 г., а землями (Länder). Такой же терминологіи придерживается и австрійскій конституціонный законъ отъ 1 октября 1920 г., превратившій Австрію въ союзное государство.

Считая ученіе о несуверенномъ государствѣ непріемлемымъ, мы должны однако сказать, что ученіе это раздѣляется большинствомъ современныхъ намъ государствовѣдовъ.

II. Суверенитетъ составляетъ принадлежность государства, какъ юридическаго лица, и обозначаетъ специфическое качество государственной власти, — ея верховенство какъ вовнѣ, такъ и внутри государственной организаціи.

Власть есть господство однихъ людей надъ другими, господство принудительное, обязательное, независимое отъ согласія подвластныхъ и неустранимое по ихъ произволу. Отношенія властвованія это прежде всего отношенія фактическія. Такъ какъ властвованіе есть одинъ изъ видовъ поведенія людей въ общежитіи, а соціальное поведеніе регулируется юридическими нормами, то и власть въ ея проявленіи и организаціи опредѣляется юридическими нормами. Въ виду этого необходимо поставить вопросъ о томъ, что такое представляетъ собою власть съ юридической точки зрѣнія.

Право регулируетъ поведеніе людей путемъ воздѣйствія на ихъ волю. Сообразно этому человѣческое поведеніе разсматривается правомъ какъ выраженіе воли. Поэтому съ точки зрѣнія права и акты властвованія представляются волевыми актами, и власть опредѣляется какъ воля, суверенная, или верховная воля въ организованномъ общежитіи. Субъектомъ этой воли признается государство, какъ юридическое лицо. Государственная власть есть воля юридической личности государства.

Намъ уже извѣстно, что признаніе государства юридическимъ лицомъ связано съ той стадіей политической эволюціи, когда пала абсолютная патримоніальная власть монарховъ, и въ основу государственной организаціи было положено участіе народа во власти. Эпохѣ абсолютизма патримоніальной государевой власти соотвѣтствовала теорія монархическаго суверенитета, согласно которой государственная власть опредѣлялась какъ воля государя. Паденіе абсолютизма и революціонный приходъ народа къ власти во Франціи вызвали къ жизни теорію народнаго суверенитета и

опредѣленіе государственной власти какъ воли народа. Выше мы подробно выяснили неудовлетворительность теоріи народнаго суверенитета и тѣ общія и особенныя причины, которыя побудили остановиться на теоріи суверенитета государственнаго, изъ которой слѣдуетъ опредѣленіе государственной власти какъ воли юридической личности государства.

Въ данномъ опредѣленіи государственной власти, какъ и во всѣхъ случаяхъ, когда намъ приходилось говорить о волеизъявленіи въ правѣ, воля разумѣется не психологически, а юридически, т. е. не какъ конкретное душевное переживаніе, а какъ абстрактное построеніе субъективной причинности. Въ юридическомъ смыслѣ воля присуща всякому субъекту права, какъ физическому лицу, такъ и юридическому, хотя послѣднее и не существуетъ какъ психологическая личность и, значитъ, не можетъ испытывать никакихъ душевныхъ переживаній, слѣдовательно, и волевыхъ.

Воля въ юридическомъ смыслѣ понимается формально. Для признанія свободнаго волеизъявленія въ правоотношеніи требуется наличность извѣстныхъ формальныхъ условій положительнаго характера (правоспособности, дѣеспособности) и формальное отсутствіе опредѣленныхъ внѣшнихъ препятствій (насилія, угрозъ и т. п.). Сюда же слѣдуетъ отнести и устанавливаемыя правомъ формы образованія и выраженія воли, которыя особенно сложны и пріобрѣтаютъ особенное значеніе примѣнительно къ юридическимъ лицамъ. Положительное право точно опредѣляетъ, какимъ путемъ воля физическихъ лицъ, въ видѣ ли отдѣльныхъ волеизъявленій или чаще ихъ сочетанія, превращается въ волю юридическаго лица. Таковы предписанія положительнаго права относительно образованія, компетенціи и функцій органовъ юридическихъ лицъ. Поэтому и волеизъявленіе юридической личности государства обозначаетъ не иное что, какъ рѣшеніе или постановленіе, принятое соотвѣтственными органами на основаніи юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ государственную организацію.

Юристъ отдаетъ себѣ полный отчетъ въ томъ, что воли въ психологическимъ смыслѣ у государства нѣтъ и быть не можетъ, и что государство вообще не есть какое либо отдѣльное существо, а обозначаетъ собою извѣстный общежительный процессъ, происходящій между индивидами. Тѣмъ не менѣе юристъ говоритъ о личности государства и объ ея волѣ, такъ какъ только въ этихъ формулахъ онъ даетъ надлежащее въ юридическихъ категоріяхъ выраженіе той мысли, что акты властвованія опредѣляются не чьими либо индивидуальными, а общими цѣлями. При этомъ общая цѣль разумѣется не деонтологически (какъ должное), а онтологически (какъ сущее), т. е. разумѣется та реальная общая цѣль, то объединеніе индивидуальныхъ и классовыхъ интересовъ, которыя реально достигаются при данномъ состояніи и соотношеніи общественныхъ группъ.

Не взирая на ясный и опредѣленный, специфически-юридическій смыслъ опредѣленія государственной власти, какъ воли юридической личности государства, нѣкоторые юристы подставляютъ въ данное опредѣленіе психологическое пониманіе воли и послѣ этого провозглашаютъ самое опредѣленіе неправильнымъ, нереальнымъ и ложнымъ. Такъ поступилъ еще въ 90-хъ годахъ минувшаго столѣтія русскій юристъ Коркуновъ, такъ поступаетъ въ послѣднее время французскій юристъ Дюги.

Совершенно игнорируя различіе юридическаго и психологическаго пониманія воли, Коркуновъ становится на психологическую точку зрѣнія и съ воодушевленіемъ доказываетъ, что въ актахъ государственнаго властвованія нѣтъ единства психологической воли. Чья воля, между прочимъ, спрашиваетъ онъ, проявляется въ такомъ актѣ властвованія, какъ изданіе закона въ конституціонной монархіи, — воля монарха, воля верхней палаты, нижней, большинства представителей, избирателей? Ничья, потому что для изданія закона не достаточно чьей либо единой воли, а требуется соучастіе нѣсколькихъ государственныхъ органовъ, изъ которыхъ иные состоятъ изъ многихъ людей. Дюги разсуждаетъ еще проще: воля можетъ быть только у человѣческой личности (индивида), ея нѣтъ и не можетъ быть у государства.

Мы не станемъ опровергать положеній, провозглашаемыхъ Коркуновымъ и Дюги, такъ какъ они вполнѣ правильны, поскольку рѣчь идетъ о волѣ въ психологическомъ смыслѣ. Но положенія эти нисколько не колеблютъ опредѣленія государственной власти, какъ воли юридической личности государства, и даже не могутъ быть разсматриваемы какъ возраженія противъ нея, такъ какъ въ этомъ опредѣленіи имѣется въ виду воля въ юридическомъ смыслѣ, чего Коркуновъ и Дюги не замѣчаютъ.

Отвергая опредѣленіе государственной власти какъ воли, Коркуновъ и Дюги отрицаютъ и юридическую личность государства. Въ этомъ послѣднемъ отрицаніи они идутъ разными путями разсужденія, такъ что мы остановимся на ученіи каждаго изъ нихъ въ отдѣльности.

Государственная власть, разсуждаетъ Коркуновъ, не только не есть воля юридической личности государства, но она вообще не воля. Властвованіе устанавливается и опредѣляется отнюдь не волей властвующаго, а сознаніемъ зависимости со стороны подвластныхъ. Поэтому то могутъ властвовать и властвуютъ надъ отдѣльными людьми и надъ общественными группами лица совершенно безвольныя, или же не знающія и не подозрѣвающія о томъ авторитетѣ, который имъ приписывается, или даже существа миѳическія (фетиши, языческіе боги). Отсюда слѣдуетъ, что власть вообще и государственная власть въ частности отнюдь не является чьей бы то ни было волей, а есть ничто иное, какъ общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости индивидовъ. Это же сознаніе зависимости опредѣляется цѣлымъ рядомъ самыхъ разнообразныхъ мотивовъ: пониманіемъ индивидуальной безпомощности, соображеніемъ личной выгоды отъ организованнаго общежитія, религіозными побужденіями (страхомъ Божіимъ), нравственнымъ долгомъ, привычкой, нѣкоторой косностью и неподвижностью и т. п.

Приведенное разсужденіе Коркунова вскрываетъ соціально-психологическую природу власти и съ этой стороны должно быть признано вполнѣ правильнымъ. Но только оно рѣшительно ни въ чемъ не опровергаетъ и не отмѣняетъ воззрѣнія на государственную власть, какъ на волю юридической личности государства, такъ какъ это воззрѣніе имѣетъ въ виду не соціально-психологичеекую, а юридическую природу власти. Поэтому, когда Коркуновъ категорически заявляетъ, что государственная власть есть не чья либо воля, а общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости, — мы съ нимъ согласиться не можемъ. Два приведенныхъ опредѣленія не

противорѣчатъ другъ другу и другъ друга не исключаютъ, потому что каждое изъ нихъ дано подъ инымъ угломъ зрѣнія. Общественныя явленія въ высшей степени сложны и потому могутъ и должны быть изучаемы съ различныхъ точекъ зрѣнія, освѣщающихъ разныя ихъ стороны. Общественныя явленія не укладываются въ единство (монизмъ) какого либо воззрѣнія и опредѣленія. Они требуютъ множественности (плюрализма) точекъ зрѣнія и опредѣленій. Въ виду этого можно и должно совмѣстить оба приведенныхъ опредѣленія государственной власти и надлежитъ признать, что государственная власть съ соціально-психологической точки зрѣнія есть общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости участниковъ организованнаго общежитія, а съ юридической точки зрѣнія есть воля юридической личности государства.

Выставивъ соціально-психологическое опредѣленіе государственной власти, какъ общественной силы, Коркуновъ затѣмъ, ничтоже сумняшеся, пользуется имъ для юридической конструкціи государства.

Въ качествѣ общественной силы, государственная власть служитъ достиженію тѣхъ цѣлей, или удовлетворенію тѣхъ интересовъ, которые недостижимы и неосуществимы силами индивида. Все, что служитъ средствомъ къ осуществленію интересовъ, представляется Коркунову съ точки зрѣнія права, какъ объектъ. Этимъ предрѣшается опредѣленіе государственной власти, какъ объекта юридическаго отношенія. Субъектами этого юридическаго отношенія являются всѣ участники государственнаго общежитія, какъ тѣ, которые распоряжаются, такъ и тѣ, которые пользуются государственною властью, какъ объектомъ. И судья, постановившій приговоръ, подлежащій принудительному исполненію, и истецъ, обратившійся въ судъ и получившій исполнительный листъ, одинаково являются субъектами властвованія, — одинъ распоряженія, другой — пользованія государственною властью. Самое же государство и есть ничто иное, какъ юридическое отношеніе, субъектами котораго оказываются всѣ участники государственнаго общежитія, а объектомъ — государственная власть.

Опредѣленіе государства, какъ юридическаго отношенія, не можетъ быть принято, потому что оно не даетъ соотвѣтственнаго выраженія въ юридическихъ категоріяхъ соціально-психологической природы власти, отъ которой отправляется самъ Коркуновъ. Съ соціально-психологической точки зрѣнія власть есть общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости. Сознаніе зависимости неизбѣжно предполагаетъ субъекта, отъ котораго сознаютъ себя зависимыми, и который въ силу этого послѣдняго сознанія оказывается субъектомъ власти. Такимъ субъектомъ неминуемо должно быть лицо, или учрежденіе, отъ котораго сознаютъ себя зависимыми и велѣніямъ котораго подчиняются. Пусть власть его по существу есть только отраженіе приписываемой ему общественной силы, но именно въ силу сознанія зависимости она не можетъ восприниматься участниками организованнаго общенія иначе, чѣмъ какъ власть, стоящая надъ ними, и акты властвованія не могутъ представляться ничѣмъ инымъ, какъ велѣніями, волеизъявленіями субъекта власти. При опредѣленіи государства, какъ юридическаго отношенія, всѣ участники государственнаго общенія разсматри-

ваются какъ субъекты властвованія, и нѣтъ никакого выраженія для того сознанія зависимости, которое послужило отправной точкой для опредѣленія. Напротивъ того, конструкція государства, какъ юридической личности, какъ разъ намѣчаетъ того субъекта, отъ котораго люди считаютъ себя зависимыми, и намѣчаетъ притомъ въ полномъ согласіи съ современнымъ общественнымъ сознаніемъ, которое признаетъ зависимость индивида не отъ того или другого лица, а отъ всего организованнаго общежитія, какъ такового.

Отрицаетъ юридическую личность государства и Дюги. Дѣлаетъ онъ это на томъ основаніи, что конструкція государства, какъ юридическаго лица, представляетъ собою, по его мнѣнію, нѣчто искусственное и ложное, чему въ реальной дѣйствительности не соотвѣтствуетъ ничто, ибо личность имѣется только у человѣка, индивида. Вполнѣ ясно, что Дюги смѣшиваетъ юридическое понятіе личности съ психологическимъ. Юридическому лицу вообще не соотвѣтствуетъ никакая личность въ психологическомъ смыслѣ. Однако, на этомъ основаніи нельзя отрицать существованія юридическихъ лицъ вообще, такъ какъ образованіе ихъ вызывается вполнѣ реальными общественными потребностями, и дѣйствіе ихъ столь же реально, какъ и дѣйствіе лицъ физическихъ (см. выше, стр. 120—123). Разъ мы признаемъ существованіе юридическихъ лицъ вообще, то у насъ нѣтъ никакого особаго основанія, въ силу котораго мы могли бы спеціально отрицать юридическую личность государства.

Дюги полагаетъ, что конструкція государства, какъ юридическаго лица, является не болѣе какъ переживаніемъ прошлаго, — патримоніальнаго государства. Тогда въ эпоху монархическаго абсолютизма признавали субъектомъ властвованія физическое лицо государя, и въ основѣ такой конструкціи лежало нѣчто реальное. Низвергнувъ абсолютизмъ монарховъ, не сумѣли иначе объяснить себѣ новый порядокъ вещей, какъ только тѣмъ же путемъ олицетворенія, и на мѣсто монарха поставили сначала народъ, а потомъ государство, для которыхъ и создали конструкцію юридическаго лица; но этой новой конструкціи въ дѣйствительности не соотвѣтствуетъ уже ничто реальное. Дюги совершенно правъ, когда устанавливаетъ историческую эволюцію въ юридической конструкціи государства, идущую отъ личности государя къ личности государства. Но онъ не правъ въ томъ, что отказывается признать связь новой конструкціи съ реальными общественными фактами, юридическимъ выраженіемъ которыхъ она является. Мы выяснили эту связь уже неоднократно и на этомъ мѣстѣ повторяться не станемъ.

Отрицая юридическую личность государства и признавая единственно реальную въ психологическомъ смыслѣ личность индивида, Дюги отвергаетъ самое понятіе государства и находитъ возможнымъ говорить только о правящихъ индивидахъ (les gouvernants). Правящими Дюги признаетъ наиболѣе сильныхъ индивидовъ, однако не всѣхъ, а только тѣхъ, которые употребляютъ силу для служенія общественной цѣли, каковою онъ считаетъ укрѣпленіе и развитіе солидарности между людьми. Противъ высказываемыхъ Дюги соціологическихъ положеній возражать не приходится. Мало того, нельзя не отмѣтить, что конструкція юридической личности государства выражаетъ въ юридическихъ категоріяхъ ту-же мысль, ибо единство

общественной цѣли является рѣшающимъ моментомъ въ образованіи юридическаго лица, и конструкція послѣдняго какъ разъ и подчеркиваетъ это самое единство и создаетъ возможность необходимаго для него единства дѣйствія. При признаніи юридической личности государства правящіе индивиды разсматриваются какъ органы юридическаго лица, что вполнѣ соотвѣтствуетъ основной мысли Дюги о томъ, что дѣйствія правящихъ имѣютъ обязательную силу лишь постольку, поскольку они совершаются ради общественной цѣли и въ согласіи съ нею.

Какъ юридическая личность государства признается у Дюги переживаніемъ эпохи патримоніальнаго права государей на власть, такимъ же точно переживаніемъ оказывается въ его глазахъ и суверенитетъ. Поэтому ученіе о суверенитетѣ вмѣстѣ съ конструкціей юридической личности государства подлежитъ изъятію изъ научнаго оборота въ государствовѣдѣніи. Таково общее положеніе. Къ суверенитету, въ частности, Дюги относится нѣсколько снисходительнѣе, чѣмъ къ юридической личности государства, именно, — онъ допускаетъ сохраненіе ученія о суверенитетѣ въ международномъ правѣ и считаетъ его въ этой области даже вполнѣ опредѣленнымъ и точнымъ[1]. Зато во внутреннемъ государственномъ правѣ суверенитетъ представляется Дюги абсолютнымъ «ничто». Съ такимъ утвержденіемъ никакъ нельзя согласиться. Въ современномъ общежитіи имѣются различныя организаціи и находятся онѣ въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что одной изъ нихъ, — государственной, принадлежитъ верховенство надъ ними[2]. Этотъ фактическій распорядокъ и находитъ себѣ отраженіе въ ученіи о суверенитетѣ. Покуда факты не измѣнятся, ученіе сохранится въ силѣ.

§ 35. НАСЕЛЕНІЕ

I. P. Roth, Feudalität und Unterthanenverband, 1863; В. М. Гессенъ, Подданство, его установленіе и прекращеніе, томъ I, 1909 г.

II. Lorenz von Stein, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Band I, 1850; Robert von Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, I. Band, 1855; E. Grünfeld, Lorenz von Stein und die Gesellschaftslehre, 1910; L. Gumplowicz, Die sociologische Staatsidee, 1892; Durkheim, La division du travail social, 1894, 2-me édit., 1905; G. Simmel, Ueber sociale Differenzierung, 1895; Г. Зиммель, Соціальная дифференціація, перев. Н. Н. Вокачъ и И. А. Ильина, со вступительной статьей Б. А. Кистяковскаго 1909 г.; Th. Kistiakowski, Gesellschaft und Ein-

[1] Léon Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901. p. 349: En droit international la souveraineté est une notion très précise et très exacte.

[2] Дюги самъ признаетъ такое верховенство какъ фактъ. См. L'état, les gouvernants et les agents, 1903, p. 364—365: (Les gouvernants primaires) possèdent la plus grande force et quand ils veulent une chose ils peuvent toujours l'imposer par la force, sans qu'il y ait aucune voie de recours possible contre eux, sans que leur responsabilité puisse être mise en oeuvre. On les qualifie de souverains. Nous acceptons l'expression si l'on veut dire par là qu'étant les plus forts dans la société, il est en fait impossible de leur résister; il n'y a pas, au sens général du mot, d'appel possible contre eux. Непонятно, почему Дюги отказываетъ этому реальному факту въ соотвѣтственной юридической конструкціи.

zelwesen, 1899; Léon Bourgeois, Solidarité, 6-me édit., 1907; C. Bouglé, Le solidarisme, 1907; G. Duprat, La solidarité sociale, ses causes, son évolution, ses conséquences, préface par M. Richard, 1907; Н. И. Карѣевъ, Введеніе въ соціологію, 2-ое изд., 1907 г.; М. М. Ковалевскій, Современные соціологи, 1905 г.; Б. Н. Чичеринъ, Курсъ государственной науки, томъ II; М. А. Рейснеръ, Государство, часть II, главы I—II.

I. Соотвѣтственно тремъ основнымъ видамъ власти, которые дѣйствовали въ средніе вѣка, — сеньерату, сюзеренитету и муниципальной власти городскихъ общинъ, — различались въ ту эпоху и три вида подчиненія населенія власти, именно, — домэніальное подданство, вассальная зависимость и муниципальное гражданство. Юридическую основу домэніальнаго подданства составляло признаніе населенія принадлежностью земли, какъ объекта обладанія. Въ виду этого домэніальное подданство выражалось или въ полномъ порабощеніи лица, ставившемъ его въ положеніе юридическаго объекта, или въ такомъ умаленіи личной свободы, при которомъ личныя силы и имущество подданнаго предоставлялись въ хозяйственное распоряженіе сеньера. Вассальная зависимость основывалась на двустороннемъ договорѣ и была частичнымъ подчиненіемъ вассала сюзерену въ предѣлахъ, точно установленныхъ вассальнымъ договоромъ. Іерархическая лѣстничная организація феодальныхъ отношеній отражалась на вассальной зависимости въ томъ, что всякій вассалъ состоялъ въ прямомъ подчиненіи только своему непосредственному сюзерену и лишь чрезъ него и послѣдовательный рядъ промежуточныхъ ступеней подчинялся косвенно и верховному въ странѣ сюзерену. Муниципальное гражданство сочетало въ себѣ, съ одной стороны, прямое подчиненіе индивида власти, основанной не на договорѣ и не на землевладѣніи, а на статутѣ, съ другой стороны, участіе населенія въ городскомъ самоуправленіи, слѣдовательно, въ той же муниципальной власти.

Новое суверенное государство создало и новую форму подчиненія власти, — государственное подданство въ смыслѣ прямого (не по ступенямъ феодальной лѣстницы) и безусловнаго (не договорнаго) подчиненія всего населенія единой государственной власти. Изъ только что данной характеристики видно, что государственное подданство принципіально отличается отъ вассальной зависимости и составляетъ, можно сказать, прямую его противоположность. Съ муниципальнымъ гражданствомъ сближаетъ государственное подданство наличность прямого подчиненія единой непроизводной власти. Общее съ домэніальнымъ подданствомъ имѣется у государственнаго подданства то, что въ абсолютныхъ монархіяхъ государственное властвованіе разсматривалось какъ властвованіе надъ территоріей и уже черезъ территорію — надъ населеніемъ, такъ что въ государственномъ подданствѣ сохранялись элементы зависимости по землѣ. Несмотря на это, государственное подданство не было ни рабствомъ, ни такимъ умаленіемъ личной свободы, которое предоставляло бы личныя силы и имущество подданныхъ въ хозяйственное распоряженіе власти. Государственное подданство всегда сочеталось, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, со свободою личности и неприкосновенностью частнаго хозяйства подданныхъ.

Паденіе монархическаго абсолютизма и установленіе народнаго представительства выдвинуло новую сторону въ отношеніи населенія къ государственной власти, именно, — участіе населенія во власти. Эта сторона не укладывалась въ прежнія тѣсныя рамки государственнаго подданства и была облечена въ новую конструкцію государственнаго гражданства на подобіе муниципальнаго гражданства (гражданинъ, вѣдь, это въ прямомъ смыслѣ обозначаетъ горожанина, тоже нѣм. Bürger и франц. citoyen). Гражданство не исключаетъ однако подданства, но совмѣщается съ нимъ. Всякій участникъ современнаго государственнаго общежитія, съ одной стороны, подчиняется безусловнымъ велѣніямъ государственной власти, съ другой стороны, участвуетъ во власти. Недаромъ еще Аристотель говорилъ, что гражданинъ это тотъ, кто частью повинуется, частью самъ повелѣваетъ. Государственноправовая терминологія новѣйшей Европы называетъ подчиненіе власти государственнымъ подданствомъ (obtemperantia subjectum facit) и участіе во власти государственнымъ гражданствомъ. Въ каждомъ участникѣ современнаго государственнаго общежитія имѣется и подданный, и гражданинъ. Обиходная рѣчь для обозначенія отношенія индивида къ государственной власти выдвигаетъ то то, то другое названіе, причемъ обычно говорятъ о подданствѣ въ монархическихъ государствахъ и о гражданствѣ въ республикахъ. Принято говорить: русскій, германскій, англійскій подданный; французскій, швейцарскій, сѣверо-американскій гражданинъ. Въ основѣ такого словоупотребленія лежитъ очевидно та мысль, что подданство ведетъ свое начало отъ подданства монарху, въ которомъ сохранялись черты домэніальнаго подданства, и потому неудобно примѣнять этотъ терминъ къ республикѣ, въ которой нѣтъ монархической власти. По существу, однако, обычное словоупотребленіе не правильно, такъ какъ, съ одной стороны, въ монархіи, поскольку въ ней установлено участіе населенія во власти, имѣется не только подданство, но и гражданство; съ другой стороны, населеніе республики не только участвуетъ во власти, но и подчиняется ей, слѣдовательно, является и подданнымъ государству. Государственное подданство и государственное гражданство только въ своей совокупности выражаютъ отношеніе населенія къ власти въ современномъ государствѣ. Научный и оффиціальный языкъ Германіи выработалъ поэтому новый терминъ, — принадлежность къ государству (Staatsangehörigkeit), для обозначенія отношенія населенія къ власти. Общее понятіе государственной принадлежности распадается уже затѣмъ на спеціальныя понятія подданства (Unterthanschaft) и гражданства (Bürgerschaft), изъ которыхъ каждое имѣетъ, какъ мы это выяснили только что выше, свое особое значеніе.

II. Населеніе государства принято называть въ государствовѣдѣніи народомъ. Слово народъ имѣетъ два значенія: этнографическое и политическое. Въ этнографическомъ смыслѣ народъ есть совокупность людей, связанныхъ общностью кровнаго происхожденія и духовнымъ единствомъ. Наиболѣе яркимъ внѣшнимъ выраженіемъ этого единства является языкъ. Народъ, какъ этнографически обособленное цѣ-

лое, можетъ образовать одно государство или входить въ составъ разныхъ государствъ. Этнографическое понятіе народа независимо отъ понятія государства. Въ политическомъ смыслѣ народъ обозначаетъ населеніе, принадлежащее къ данному государству.

Въ теоретическомъ ученіи о населеніи государства новаго времени различаются двѣ послѣдовательныя концепціи (концепція = пониманіе) населенія, — индивидуалистическая и коллективистическая (собирательная), или соціальная.

Индивидуалистическую концепцію развила и проводила школа естественнаго права. Она видѣла въ государствѣ установленіе общественнаго договора самоопредѣляющихся индивидовъ и въ населеніи — механическую сумму равныхъ другъ другу индивидовъ. Индивидъ и государственная власть находились, по воззрѣніямъ естественноправовой школы, въ непосредственномъ отношеніи другъ къ другу. Не предполагали и даже не подозрѣвали существованія между индивидами какихъ либо связей, которыя слагались бы помимо установленія государственной властью и оказывали бы воздѣйствіе на организацію послѣдней.

Сомнѣнія въ правильности индивидуалистической концепціи и зародыши иного, коллективистическаго пониманія общежитія проявились еще во второй половинѣ XVIII столѣтія, т. е. въ эпоху формальнаго господства надъ умами школы естественнаго права и подготовленія ею принциповъ предстоявшей великой революціи. Новый складъ мысли слагался подъ вліяніемъ начинавшагося тогда изученія хозяйственной жизни народовъ. Экономисты обратили вниманіе на то, что хозяйственный укладъ жизни слагается независимо отъ политической организаціи, и что народъ не есть механическая сумма равныхъ другъ другу индивидовъ, такъ какъ между индивидами существуютъ извѣстныя отношенія помимо правовыхъ и политическихъ. Поворотъ отъ индивидуалистической концепціи замѣчается также у извѣстнаго историка и государствовѣда второй половины XVIII вѣка, — Августа Шлецера. Личность, по мнѣнію Шлецера, не живетъ въ государствѣ въ индивидуальномъ обособленіи, но входитъ въ общеніе съ другими личностями независимо отъ воздѣйствія государственной власти. Шлецеръ считалъ необходимымъ подвергнуть эти общенія, лежащія внѣ досягаемости со стороны государственной власти, особому изученію и предложилъ назвать спеціально для этого предназначенную науку метаполитикою, т. е. ученіемъ о явленіяхъ за предѣлами государственной организаціи. Онъ составилъ даже краткій очеркъ новой науки, который предпосылалъ государственному праву и ученію о формахъ правленія.

Крушеніе индивидуалистической концепціи народа и смѣна ея концепціей коллективистической явились результатомъ того практическаго и теоретическаго кризиса, который претерпѣла школа естественнаго права послѣ великой французской революціи, и смыслъ и значеніе котораго выяснены нами выше (см. стрн. 172 и §. 29.)

Историческая школа, выводившая право и государство изъ единаго народнаго духа, а не изъ самоопредѣленія личности въ общественномъ договорѣ, отвергала индивидуалистическую концепцію народа и выходила

на путь коллективистической концепціи, хотя и дѣлала это въ выраженіяхъ неопредѣленныхъ и нерѣдко туманныхъ.

Окончательное паденіе индивидуалистической концепціи связано съ появленіемъ соціологическаго ученія О. Конта, которое убѣдительно показало, что общество отнюдь не является установленіемъ индивидовъ, а напротивъ того, человѣческая личность оказывается продуктомъ коллективнаго, соціальнаго развитія. Извѣстное намъ ученіе О. Конта о consensus'ѣ общественныхъ явленій обратило вниманіе на многообразіе и разносторонность общественныхъ отношеній и указало на невозможность обособленнаго изученія одной какой либо стороны этихъ отношеній, напр., правопорядка или политической организаціи, внѣ связи со всѣми остальными.

Всѣ эти соціологическія положенія убѣждали государствовѣдовъ въ несостоятельности непосредственнаго сопоставленія индивида и государственной власти и наводили на мысль о существованіи между индивидуальной жизнью и государственной организаціей нѣкоторыхъ особыхъ, промежуточныхъ отношеній и единеній между индивидами, на которыя, очевидно, опирается и самая организація государства. Мысль объ этомъ перешла къ дѣятельному изученію вопроса подъ вліяніемъ новаго толчка извнѣ, который данъ ей былъ второй французской революціей, — революціей 1848 года.

Теоретически установленное школою естественнаго права равенство индивидовъ превратилось путемъ законодательства великой революціи въ норму положительнаго права. Слѣдствіемъ этого, казалось, должно было быть фактическое уравненіе всѣхъ въ пользованіи земными благами и въ участіи во власти. Однако, на самомъ дѣлѣ такого уравненія не послѣдовало. Съ отмѣною привилегій духовенства и дворянства экономическое и политическое господство перешло къ третьему сословію, но оказалось, что третье сословіе это далеко не всѣ, вопреки увѣреніямъ аббата Сійэса, который говорилъ во время революціи:
ствомъ воспользовались фактически сильные, а слабымъ такъ и не удалось приступить къ жизненному пиру. Обойденнымъ оказался тотъ menu peuple (маленькій народъ, «мизинные люди», какъ говаривалъ нашъ экономистъ-самоучка Посошковъ при Петрѣ Великомъ), существованіе котораго въ широкихъ юридическихъ рамкахъ третьяго сословія прозорливо отмѣчалъ еще историкъ и государствовѣдъ XVI вѣка Этьенъ Паскье. Изъ за третьяго сословія всплыло на поверхность четвертое сословіе, классъ неимущихъ и рабочихъ, которые не могли довольствоваться ни формальнымъ юридическимъ равенствомъ, ни формальной свободой. Выступленіе четвертаго сословія и вызвало революцію 1848 года. Четвертое сословіе стало домогаться фактической свободы путемъ обезпеченія ему труда и достаточныхъ средствъ существованія. Былъ поставленъ на очередь т. н. соціальный вопросъ, и до нынѣ составляющій коренной вопросъ организованнаго общежитія.

Практическая постановка соціальнаго вопроса оказала существенное вліяніе на научную мысль. Стали задумываться надъ тѣмъ, почему ранѣе проглядѣли этотъ вопросъ, и въ силу какихъ причинъ онъ всплылъ наружу въ столь острой формѣ. Тогда то окончательно убѣдились въ не-

состоятельности индивидуалистической концепціи общежитія и рѣшительно перешли къ концепціи коллективистической. Ошибка заключалась въ томъ, что населеніе разсматривали какъ механическую сумму равныхъ индивидовъ и вѣрили въ непосредственное соприкосновеніе индивида и государственной власти, вслѣдствіе чего и были убѣждены въ томъ, что формальныя предписанія послѣдней въ состояніи обезпечить фактическое равенство всѣхъ. На дѣлѣ однако оказалось иное. Между индивидами устанавливаются связи и отношенія независимо отъ государственной власти. Этими связями и отношеніями опредѣляется фактическое положеніе индивидовъ, ихъ, такъ сказать, удѣльный вѣсъ въ общежитіи, сообразно которому использованіе формальнаго юридическаго равенства и формальной свободы оказывается для нихъ доступнымъ въ различномъ видѣ и въ далеко неодинаковой степени.

Подъ вліяніемъ новыхъ фактовъ и вызванныхъ ими новыхъ воззрѣній стали различать въ общежитіи (въ обществѣ въ широкомъ смыслѣ) двѣ стороны: общество и государство. Подъ обществомъ разумѣютъ тѣ связи, отношенія и организаціи, которыя устанавливаются между индивидами помимо воздѣйствія власти. Подъ государствомъ разумѣютъ спеціально организацію властвованія. Государственная власть создается не на почвѣ разрозненнаго существованія индивидовъ, а на почвѣ общественныхъ (соціальныхъ) отношеній, которыя и оказываютъ опредѣляющее дѣйствіе на государственную организацію.

Основное значеніе въ дѣлѣ соціальной дифференціаціи, т. е. дѣленія суммы индивидовъ на различныя части, и интеграціи, т. е. сведенія этихъ частей въ извѣстныя единенія, принадлежитъ хозяйственнымъ потребностямъ въ обезпеченіи матеріальнаго существованія индивидовъ. Сообразно этому ученіе объ обществѣ разрабатывалось въ первую голову трудами экономистовъ; въ этомъ дѣлѣ первое мѣсто принадлежало въ половинѣ XIX столѣтія Карлу Марксу. Онъ вскрылъ и наглядно показалъ экономическую основу общественнаго процесса. Къ сожалѣнію, онъ преслѣдовалъ въ первую голову практически-политическія (революціонныя), а не теоретическія научныя цѣли. Вслѣдствіе этого преувеличилъ экономическую точку зрѣнія и впалъ въ крайность экономическаго матеріализма, который отрицаетъ творческую роль духовной культуры въ общественномъ процессѣ и смотритъ на духовную культуру исключительно какъ на надстройку надъ экономическими отношеніями.

Въ области государствовѣдѣнія ученіе объ обществѣ было развито въ пятидесятыхъ годахъ XIX ст. Лоренцомъ фонъ-Штейномъ, который также полагалъ въ основу соціальной организаціи экономическіе интересы, но не впадалъ въ этомъ отношеніи въ односторонность и крайность. Примыкая къ Лоренцу Штейну, другой нѣмецкій государствовѣдъ Робертъ фонъ Моль расширилъ объемъ организующихъ соціальныхъ интересовъ, введя въ ихъ число также и духовные интересы индивидовъ.

Такимъ путемъ на мѣсто индивидуалистической концепціи населенія водворилась въ государствовѣдѣніи концепція коллективистическая, или соціальная. Съ точки зрѣнія послѣдней населеніе представляется уже не суммой разрозненныхъ индивидовъ, а обществомъ, распадающимся на из-

вѣстныя группы. Единство того или другого интереса объединяетъ индивидовъ въ опредѣленную группу. Различіе интересовъ противопоставляетъ группы другъ другу.

Для лучшаго выясненія соціальнаго строенія населенія въ государствѣ, мы постараемся начертать нѣкоторую схему соціальныхъ интересовъ, которую отнюдь не считаемъ ни исчерпывающей, ни единственно правильной, но которую все же признаемъ полезною для перваго ознакомленія съ вопросомъ.

Можно указать три основныхъ начала, объединяющихъ индивидовъ въ общественныя группы. Это — слѣдующія начала: физіологическое начало кровнаго родства, экономическое начало производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ и духовное начало нравственнаго и умственнаго развитія.

Физіологическое начало кровнаго родства можетъ быть признано первоначальнымъ источникомъ объективнаго распорядка въ человѣческомъ общежитіи. Однимъ изъ наиболѣе раннихъ общежительныхъ союзовъ является родъ, въ которомъ власть принадлежитъ старѣйшимъ. Съ теченіемъ времени начало кровнаго родства смѣняется территоріальною связью. Въ общинѣ и въ государствѣ связь по крови лишена уже значенія политическаго организаціоннаго начала. Зато выступаетъ другая сторона этой связи — культурная. На началѣ кровнаго родства слагается народъ въ этнографическомъ смыслѣ, или національность, образующая особенную общественную группу. Физіологическая связь кровнаго родства составляетъ только первоначальное основаніе, на которомъ созидается затѣмъ высшее духовное единство, обусловленное наслѣдственной передачей отъ поколѣнія къ поколѣнію нравовъ, быта и культуры. Сознаніе этого наслѣдія и образуемаго имъ духовнаго единства превращаетъ первобытные роды и племена въ народъ, или національность. Кровный интересъ отступаетъ на задній планъ, и народность образуетъ особую общественную группу, основанную не только на единствѣ кровнаго происхожденія, но и на общности культурныхъ интересовъ. Въ проявленіи своихъ духовныхъ силъ и въ достиженіи этимъ путемъ культурной самостоятельности народности видятъ свое призваніе и назначеніе. По пути ихъ осуществленія народность создаетъ національное государство или входитъ въ составъ государства вмѣстѣ съ другими народностями на началахъ большаго или меньшаго господства надъ ними, подчиненія имъ или равноправія.

Экономическое начало производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ оказываетъ существеннѣйшее воздѣйствіе на образованіе общественныхъ группъ. Само оно вытекаетъ изъ сотрудничества индивидовъ, необходимаго для господства человѣка надъ внѣшней природой, которое дѣлаетъ возможнымъ самое существованіе людей. Несложность сотрудничества въ первобытномъ производствѣ имѣетъ своимъ слѣдствіемъ общую бѣдность первобытныхъ обществъ и не проводитъ между отдѣльными ихъ частями рѣзкихъ экономическихъ различій. При большемъ развитіи осложненнаго сотрудничества производство усиливается и наростаетъ сумма добываемыхъ благъ. Накопленіе имущественныхъ благъ ведетъ къ расчлене-

нію общества на отдѣльные общественные классы. Выдѣляются два основныхъ общественныхъ класса: обладающихъ имуществомъ, имущихъ — и не обладающихъ имуществомъ, неимущихъ. Неимущіе располагаютъ только собственной рабочей силой и въ личномъ трудѣ находятъ единственный источникъ для своего существованія. Имущіе стремятся жить съ дохода, который можетъ дать наличное ихъ имущество. Полученіе дохода возможно лишь при приложеніи къ имуществу человѣческаго труда. Труда ищутъ какъ разъ неимущіе. Такимъ образомъ возникаетъ взаимная обусловленность имущества и труда и зависимость неимущихъ отъ имущихъ. Характеръ этой зависимости опредѣляется способами привлеченія труда неимущихъ. Неимущіе привлекаются къ труду принудительно или по свободному соглашенію. Принудительное привлеченіе труда неимущихъ выражается въ формѣ рабства и крѣпостничества. При увеличившихся требованіяхъ интенсивности и продуктивности труда, а также вслѣдствіе ростанія сознательности въ порабощенныхъ массахъ принудительный трудъ оказывается съ теченіемъ времени неудовлетворительнымъ и уступаетъ мѣсто основанному на соглашеніи вольнонаемному труду. Вольность, т. е. свобода наемнаго труда крайне относительна. Она обозначаетъ только отсутствіе юридической обязанности нести трудовую повинность въ пользу господина, не болѣе. Какъ выборъ «вольнаго» труда, такъ тѣмъ болѣе условія найма опредѣляются взаимоотношеніемъ спроса и предложенія труда, которое удерживаетъ неимущихъ въ неизмѣнной фактической зависимости отъ имущихъ. Въ средѣ имущихъ происходитъ дальнѣйшее расчлененіе, вызываемое различными размѣрами находящагося въ ихъ обладаніи имущества. Выдѣляются общественные классы крупныхъ, среднихъ и мелкихъ собственниковъ. Интересы ихъ въ значительной мѣрѣ различны и приходятъ во взаимное столкновеніе, что отражается и на положеніи неимущаго класса рабочихъ. Дальше расчлененіе общественныхъ классовъ происходитъ подъ вліяніемъ качественныхъ различій имущества, — земельнаго, торгово-промышленнаго и денежнаго. Возникаютъ особые общественные классы землевладѣльцевъ, торговцевъ и промышленниковъ и денежныхъ капиталистовъ, съ подраздѣленіемъ ихъ на крупныхъ, среднихъ и мелкихъ. Общая зависимость неимущаго класса рабочихъ отъ имущихъ классовъ ведетъ къ тому, что въ соотвѣтствіи съ расчлененіемъ имущихъ классовъ расчленяется и масса рабочихъ. Возникаетъ различіе въ положеніи сельскихъ, заводскихъ, фабричныхъ рабочихъ, а также рабочихъ въ мелкихъ, среднихъ и крупныхъ предпріятіяхъ. Наряду съ физическимъ трудомъ открывается широкая область умственнаго труда, техническаго и теоретическаго, объединяемаго въ общемъ понятіи т. н. свободныхъ профессій. Представители послѣднихъ, смотря по характеру своего труда и достигаемаго имъ достатка, занимаютъ то или другое мѣсто въ средѣ неимущихъ или имущихъ классовъ.

Общественные классы распредѣляются іерархически въ порядкѣ послѣдовательной зависимости менѣе матеріально обезпеченныхъ отъ болѣе обезпеченныхъ, или выражаясь иначе, низшихъ отъ высшихъ. Строеніе общественныхъ классовъ можно представить себѣ въ видѣ лежащихъ другъ на другѣ слоевъ, раздѣленныхъ горизонтальными плоскостями.

Кромѣ выдѣленія общественныхъ классовъ экономическое начало проявляетъ свое дѣйствіе еще въ другомъ направленіи. Занимаемая населеніемъ государства территорія дѣлится на отдѣльныя части, каковы: сельскія общины, города и отдѣльныя провинціи. Расчлененіе государственной территоріи на отдѣльныя части слагается исторически. Осѣдлая жизнь начинается съ мелкихъ территоріальныхъ союзовъ, — съ сельской, затѣмъ и городской общины. Мелкіе территоріальные союзы слагаются въ болѣе крупные, — земли, изъ которыхъ затѣмъ въ процессѣ государственнаго объединенія (собиранія земли и власти) образуется единая государственная территорія. Первоначальное экономическое сотрудничество осѣдлаго населенія проявляется въ мелкихъ территоріальныхъ союзахъ, вслѣдствіе чего послѣдніе вступали въ составъ обширной государственной территоріи въ качествѣ самостоятельныхъ до извѣстной степени въ экономическомъ отношеніи частей. Эту черту нѣкоторой экономической самостоятельности, или, быть можетъ точнѣе — обособленности, они не утрачиваютъ и въ дальнѣйшей государственной жизни. На этомъ основаніи отдѣльныя мѣстности, какъ то — сельскія и городскія общины, а также болѣе обширныя области (провинціи) образуютъ особыя общественныя группы, имѣющія особые экономическіе интересы, свои хозяйственныя нужды и потребности, и стремящіяся къ удовлетворенію этихъ нуждъ и потребностей. Экономическія потребности побуждаютъ нѣкоторыя части населенія покидать первоначальную государственную территорію и заводить за ея предѣлами новыя поселенія Такимъ образомъ возникаютъ окраины (украйны) и колоніи. Между ними и основной государственной территоріей, или метрополіей, устанавливаются своеобразныя экономическія отношенія, создающія для окраинъ и колоній особые интересы и выдѣляющія ихъ изъ общей массы населенія государства въ особую общественную группу. Экономическое начало выдѣленія отдѣльныхъ мѣстностей въ особыя общественныя группы осложняется нерѣдко элементами національными и вѣроисповѣдными. Это происходитъ тогда, когда отдѣльныя мѣстности въ государствѣ, обнимающемъ собою нѣсколько національностей, населены исключительно или преимущественно одной народностью, или же когда колонизація совершается членами угнетенной народности или гонимаго вѣроисповѣданія. Тогда къ экономическимъ интересамъ присоединяется стремленіе къ національному обособленію и вѣроисповѣдной свободѣ, что̀ вмѣстѣ взятое создаетъ изъ мѣстныхъ союзовъ общественныя группы особенной сложности.

Если общественные классы мы сравнивали съ лежащими другъ на другѣ слоями, раздѣленными горизонтальными плоскостями, то мѣстныя общественныя группы мы можемъ уподобить сверху до низу идущимъ камерамъ, отдѣленнымъ другъ отъ друга вертикальными плоскостями.

Духовное начало соціальной дифференціаціи и интеграціи проявляется прежде всего въ религіи, какъ наиболѣе древней и до сихъ поръ наиболѣе распространенной и могущественной формѣ духовной жизни отвѣчающей неизмѣннымъ и вѣчнымъ запросамъ человѣческой природы. Религія проявляется въ общежитіи въ видѣ отдѣльныхъ вѣроисповѣданій. Организованная совокупность лицъ одного и того же вѣроисповѣданія составляетъ церковь или религіозную общину. Отдѣльныя церкви

и религіозныя общины образуютъ особыя общественныя группы, которыя стремятся то къ исключительному господству, то къ одинаковому съ другими положенію въ государствѣ. На духовномъ началѣ основываются далѣе различные и многочисленные культурные союзы и въ извѣстной мѣрѣ также и политическія партіи. Эти союзы и эти партіи выступаютъ какъ особыя общественная группы, изъ которыхъ всякая имѣетъ особые интересы и стремится къ достиженію своихъ особыхъ цѣлей.

Населеніе государства представляетъ собою совокупность разнаго рода общественныхъ группъ, объединенныхъ внутри единствомъ групповыхъ интересовъ, и противостоящихъ другъ другу со своими различными интересами. Фактическимъ соотношеніемъ силъ общественныхъ группъ опредѣляется достижимое равновѣсіе ихъ интересовъ и основанная на этомъ равновѣсіи государственная организація, воплощающая въ себѣ возможное единство общихъ всѣмъ интересовъ, интересовъ государственныхъ.

Основное значеніе въ соціальномъ строеніи населенія принадлежитъ дѣленію его на общественные классы. Различія, существующія между отдѣльными общественными классами, либо закрѣпляются государственно-правовымъ порядкомъ, либо нивеллируются (выравниваются) послѣднимъ. Въ первомъ случаѣ получается сословный строй населенія, во второмъ — т. н. государственно-гражданскій. При сословномъ строѣ классовыя различія превращаются въ права и привилегіи личнаго и корпоративнаго характера, переходящія по наслѣдству. При государственно-гражданскомъ строѣ классовыя различія какъ бы игнорируются правомъ, и признается равенство всѣхъ передъ закономъ. Это равенство является однако формальнымъ и по существу оно нисколько не отмѣняетъ классовыхъ различій. Въ порядкѣ историческаго развитія сословный строй предшествуетъ государственно-гражданскому и смѣняется послѣднимъ. Значеніе формальнаго равенства всѣхъ передъ закономъ заключается въ томъ, что оно не закрѣпляетъ сложившихся классовыхъ различій и этимъ облегчаетъ ихъ дальнѣйшую эволюцію. Примѣнительно же къ отдѣльной личности отсутствіе сословныхъ привилегій и запретовъ имѣетъ то значеніе, что предоставляетъ индивиду возможность передвиженія изъ одного общественнаго класса въ другой и возвышенія по ступенямъ общественной лѣстницы. Само собою разумѣется, что такая возможность оказывается практически весьма ограниченной. Нельзя однако отрицать того, что при государственно-гражданскомъ порядкѣ она все же существуетъ, между тѣмъ какъ сословный строй ее совершенно отрицаетъ или же въ высшей степени стѣсняетъ. Государственно-гражданскій порядокъ является выраженіемъ демократизаціи общества.

ГЛАВА XI. ФУНКЦІИ И ОРГАНЫ ГОСУДАРСТВА

§ 36. ОСНОВНЫЯ ОТРАСЛИ ПРОЯВЛЕНІЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, VIII und XVIII Kapitel; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III. Band, III. Kapitel; O. Hintze, Staatsverfassung und Heeresverfassung, 1906; Э. Дженксъ, Происхожденіе верховной власти, переводъ съ англійск. Н. Серебрякова, 1907 г.; The relation of war to the origine of the state, 1913; Henri Rolin, Prolégomènes à la science du droit, 1911, p. 98—103 sq.; Marchet, Studien über die Entwicklung der Verwaltungslehre in Deutschland, 1885; М. А. Рейснеръ, Общественное благо и абсолютное государство, Вѣстникъ Права, 1902 г., №№ 9 и 10; Вильгельмъ Гумбольдтъ, Опытъ установленія предѣловъ государственной дѣятельности, русск. перев. Паевской, 1908 г.; Джонъ Стюартъ Миллъ, Утилитаріанизмъ. О свободѣ, перев. съ англійск. А. Н. Невѣдомскаго, 1882 г.; Leroy-Beaulieu, L'état moderne et ses fonctions, 2-me éd., 1891; Henry Michel, L'idée de l'état, 1896; Анри Мишель, Идея государства, русск. перев., 1909 г.; А. Н. Фатѣевъ, Развитіе индивидуализма въ исторіи политическихъ ученій, 1904 г.; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, 1909 г., глава II; Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre, II. Theil, Einleitung: Die Lehre vom Begriff, Inhalt, System und Recht der Verwaltung, 1866 (Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., II. Theil, 1887); O. von Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884; A. V. Dicey (Дайси), Lectures on the Relation between law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, 1905 г.; французское изданіе: Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX siècle, 1906; изложеніе Дайси по-русски: В. Ѳ. Дерюжинскій, Общественное мнѣніе и законодательство въ Англіи, Вѣстникъ Европы, 1906 г., октябрь и ноябрь; E. Bernatzik, Polizei und Kulturpflege въ Systematische Rechtswissenschaft (Hinneberg's Kultur der Gegenwart, II, 8), 1. Aufl. 1906, 2. Aufl. 1913; Frisch, Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung (Handbuch der Politik, I. Band), 1912; Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913; Frank J. Goodnow, Social reform and the constitution, 1911.

Различаютъ три основныя отрасли проявленія государственной власти: законодательство, судъ и управленіе. Законодательство есть дѣятельность государственной власти, направленная на установленіе юридическихъ нормъ. Судъ есть дѣятельность государственной власти, направленная на защиту и возстановленіе права въ случаяхъ спора о правѣ или нарушенія права. Третья отрасль проявленія государственной власти, — управленіе, далеко не представляется столь опредѣленной, какъ первыя двѣ. Недаромъ нѣкоторые государствовѣды (напр., нѣмецкій ученый

Sarwey) отказываются дать положительное ея опредѣленіе и описываютъ ее отрицательно, указывая, что управленіе обнимаетъ собою всю ту дѣятельность государства, которая остается за вычетомъ законодательства и суда.

Содержаніе управленія весьма сложно по многообразію и разносторонности входящей въ его составъ государственной дѣятельности. Еще Аристотель говорилъ, что содержаніемъ той отрасли проявленія государственной власти (или, какъ онъ выражался, той части государственнаго строя), которую мы теперь называемъ управленіемъ (и которую онъ называлъ начальственной, *τὸ περὶ τὰς ἀρχάς*), является вообще государственная забота (*ἐπιμέλεια πολιτική*). По мѣрѣ того какъ расширяется кругъ дѣлъ, заботу о которыхъ принимаетъ на себя государство, разростается содержаніе управленія. Если мы обратимся къ современному государству, то содержаніе его дѣятельности по управленію представится намъ въ слѣдующихъ чертахъ. Все управленіе можетъ быть раздѣлено на внѣшнее и внутреннее. Подъ внѣшнимъ управленіемъ разумѣютъ веденіе т. н. иностранныхъ дѣлъ, т. е. сношеній съ другими государствами. Внутреннее управленіе обнимаетъ всю совокупность разносторонніхъ заботъ государственной власти о населеніи во внутренней жизни государства. Въ прежнее время вплоть до середины XIX столѣтія называли управленіе государственнымъ устроеніемъ, или полиціей (отъ греческаго *πολιτεία* = государственное устройство). Въ первую половину XIX вѣка различали при этомъ полицію безопасности (Sicherheitspolizei) и полицію благосостоянія (Wohlfahrtspolizei). Подъ первой разумѣли управительную дѣятельность государства, направленную на обезпеченіе личной и имущественной безопасности населенія, подъ второй — дѣятельность, направленную на споспѣшествованіе благосостоянію населенія, какъ матеріальному, такъ и духовному. Къ полиціи безопасности относили прежде всего организацію внѣшней оборонительной силы государства, — войска, и слѣдовательно все военное управленіе, а затѣмъ организацію, предназначенную для обезпеченія безопасности внутри страны въ обычныхъ условіяхъ жизни, т. е. полицію въ тѣсномъ смыслѣ, то, что теперь принято называть полиціей исключительно; сверхъ организаціи сюда же относятся предписанія и дѣйствія, издаваемыя и совершаемыя въ видахъ обезпеченія безопасности. Къ полиціи благосостоянія относили заботы государства о народномъ здравіи, продовольствіи, о добывающей и обрабатывающей промышленности, о народномъ просвѣщеніи, религіозныхъ потребностяхъ населенія и т. д. Дѣленіе внутренняго управленія на полицію безопасности и полицію благосостоянія вывелось изъ научнаго обихода вмѣстѣ съ исчезновеніемъ термина «полиція» для обозначенія управленія. Нельзя однако отрицать того, что въ старомъ, нынѣ оставленномъ дѣленіи давалась довольно удачная формулировка двойственнаго характера общаго содержанія внутренняго управленія. Въ самомъ дѣлѣ, эта отрасль проявленія государственной власти выражается, съ одной стороны, въ предупрежденіи и пресѣченіи всякаго рода нарушеній безопасности населенія, съ другой стороны, въ споспѣшествованіи удовлетворенію культурныхъ интересовъ населенія.

Сложное проявленіе государственной власти въ законодательствѣ, судѣ и особенно въ разносторонней области управленія явилось результатомъ

долгаго историческаго процесса. Первоначальныя функціи политической организаціи были несравненно проще и элементарнѣе.

Если мы обратимся къ народному государству ранней эпохи осѣдлой культуры, то увидимъ, что въ немъ функціи власти сводились къ обезпеченію внѣшняго и внутренняго мира и въ соотвѣтствіи съ этимъ обнимали собою воеводство и судъ. Такимъ образомъ вначалѣ мы можемъ констатировать въ проявленіяхъ политической власти отсутствіе законодательства, наличность суда и одно лишь военное управленіе.

Воеводство составляло издревле первую и основную функцію власти. Надо считать наиболѣе вѣроятнымъ и, быть можетъ, даже достовѣрнымъ, что военная организація положила начало организаціи политической. Связь обѣихъ организацій настолько тѣсна, что государствовѣды-историки подмѣчаютъ зависимость измѣненій формъ властвованія отъ измѣненій въ строѣ военной силы. Въ самомъ дѣлѣ, народному войску и дружинѣ соотвѣтствуетъ народоправство вѣча съ княземъ, профессіональному войску богатыхъ всадниковъ (рыцарей, Ritter = всадниковъ) — феодальный строй съ господствомъ военно-землевладѣльческой аристократіи, регулярной арміи изъ рекрутовъ — монархическій абсолютизмъ, всеобщей воинской повинности, — новое участіе народа во власти въ видѣ народнаго представительства. Такія параллели не могутъ не наводить на размышленіе. Какъ бы то ни было, военный характеръ политической организаціи чувствуется и въ современномъ государствѣ, — и въ воинскомъ званіи монарховъ, и въ принципіально важномъ значеніи отбыванія воинской повинности для пользованія государственно-гражданскими правами и, наконецъ, въ томъ, что вооруженная военная сила является рѣшительнымъ средствомъ принужденія и крайнимъ основаніемъ (ultima ratio) властвованія.

Наряду съ воеводствомъ въ составъ начальныхъ функцій власти входилъ и судъ, однако не въ столь полной мѣрѣ, какъ первое. Военное управленіе принадлежало древней власти полностью, какъ и современной. Иначе обстояло дѣло съ судомъ. Въ судѣ можно различить слѣдующіе моменты: возбужденіе дѣла, распознаніе права и неправды, снабженіе приговора внѣшнимъ авторитетомъ и его исполненіе. Всѣ эти моменты находятся въ настоящее время подъ воздѣйствіемъ государственной власти. Уголовныя дѣла возбуждаются по иниціативѣ государственной власти; стороны участвуютъ въ судоговореніи путемъ состязанія, но судья вмѣшивается въ дѣло активно и, что самое главное, имѣетъ исключительныя полномочія въ дѣлѣ пріисканія и истолкованія нормы права, по которой дѣло будетъ рѣшено. Въ древности всѣ дѣла, въ томъ числѣ и уголовныя, возбуждались исключительно по частной иниціативѣ; процессъ былъ безусловно состязательный, стороны являлись на него съ пособниками («съ помочью»), судья былъ безмолвнымъ свидѣтелемъ состязанія сторонъ; нахожденіе соотвѣтственной случаю (казусу) нормы обычнаго права было дѣломъ представителей общины, знатоковъ, вѣщателей права; судья только снабжалъ ихъ приговоръ внѣшнимъ авторитетомъ и содѣйствовалъ приведенію его въ исполненіе. Примѣнительно къ миѳологическому образу Ѳемиды, изображаемой съ вѣсами въ одной рукѣ и съ мечомъ въ другой, можно сказать, что государственная власть первоначально не брала въ свои руки вѣсовъ и ограничивалась однимъ лишь мечомъ правосудія.

Для военныхъ нуждъ, составлявшихъ главную заботу власти, поскольку военная сила сама себя не кормила добычей, нужны были средства, и эти средства доставлялись взиманіемъ дани (налога несомнѣнно военнаго происхожденія) и пошлинъ отъ суда. Такимъ образомъ къ воеводству и суду присоединялось несложное финансовое управленіе.

Правотвореніе принципіально не признавалось функціей власти, ибо царило обычное право, старина и пошлина отцовъ и дѣдовъ, передъ которой преклонялись и властвующіе, и подвластные. Древніе законы и сборники законовъ были ничѣмъ инымъ, какъ записью обычнаго права, и немногочисленные законодательные акты власти (уставы князей) скорѣе авторитетно констатировали наличность юридическаго обычая, чѣмъ создавали новыя нормы права. Древняя власть вступала на путь законодательства только подъ давленіемъ необходимости, когда установленіе новой нормы настоятельно требовалось жизнью. Древность выдвигала два вопроса, требовавшихъ законодательнаго, такъ сказать, рѣшенія, именно, — необходимость прекращенія самоуправства, бывшаго до воспріятія властью меча правосудія судебною самопомощью, и необходимость разрѣшенія остраго соціальнаго конфликта, вызывавшагося рѣдкостью капитала и крайней дороговизной кредита. Сообразно этому древнѣйшіе законы содержатъ въ себѣ главнымъ образомъ отмѣну самоуправства (такова, нпр., окончательная отмѣна мести на съѣздѣ сыновей Ярослава) и регламентацію кредитныхъ сдѣлокъ (таковъ, нпр., уставъ Владимира Мономаха о рѣзѣ, т. е. о процентахъ). Но, повторяемъ, древняя власть вступала на путь законодательства только спорадически (разрозненно), подъ давленіемъ необходимости, не возводила этого въ систему и въ принципѣ не считала правотворенія въ числѣ своихъ функцій.

Ограниченіе функцій власти воеводствомъ и судомъ съ добавленіемъ несложнаго финансоваго управленія сохранилось и при феодальномъ строѣ. Оно характеризовало и домэніальную власть, и власть сюзеренную. Недаромъ средневѣковые юристы, сосредоточившіе свое вниманіе на мирной дѣятельности, опредѣляли политическую власть какъ юрисдикцію (iurisdictio), т. е. отправленіе суда, и уже изъ юрисдикціи выводили воеводство и финансовое управленіе. У муниципальной власти функціи были нѣсколько сложнѣе, онѣ простирались на управленіе торговлей и промыслами, ибо гильдіи и цехи, хотя и были самостоятельными корпораціями, все же находились подъ надзоромъ городского начальства. Культурныя потребности не составляли предмета заботъ политической организаціи. Если для удовлетворенія такихъ потребностей, какъ народное здравіе, продовольствіе въ голодные годы и, главнымъ образомъ, народное образованіе, и слагались нѣкоторыя мѣры организованнаго попеченія, то такія мѣропріятія исходили въ средніе вѣка не отъ политической организаціи, а отъ церкви. Убѣжищами и разсадниками культуры являлись монастыри, которые подавали населенію медицинскую помощь и организовали народное продовольствіе въ годины бѣдствій, дѣлали это не безмездно и не безкорыстно, но все же дѣлали и организовали. Особенно знаменательна была организаторская роль церкви по народному образованію. Школьное дѣло зародилось и развивалось въ вѣдѣніи церкви. Церковными учрежденіями были въ средніе вѣка и университеты, т. е. корпораціи ученыхъ и учениковъ (universitates

doctorum et scholarium), учреждавшіяся папой и получавшія отъ него привилегіи на занятіе наукой и обученіемъ.

Воздвигшееся къ XVI вѣку на развалинахъ феодализма единое централизованное государство новаго времени существенно расширило и усилило функціи своей непроизводной власти въ непосредственномъ воздѣйствіи ея на все населеніе. Собираніе земли и власти, путемъ котораго образовалось новое государство, было вызвано тѣмъ, что экономическая жизнь страны переросла тѣсныя формы замкнутаго домэніальнаго и городского хозяйства и стремилась къ возстановленію болѣе широкаго народнаго хозяйства, охватывающаго и объединяющаго все населеніе страны. Дробленіе власти, приводившее къ обилію юрисдикцій и взаимно не упорядоченныхъ финансовыхъ инстанцій, являлось существеннымъ препятствіемъ на пути къ экономическому объединенію страны. Интересы послѣдняго требовали сосредоточенія власти въ одномъ центрѣ и исходящей изъ него упорядоченной системы суда и обложенія. Къ тому же давленіе власти, простирающейся на большую территорію, было менѣе чувствительно и тягостно для каждаго индивидуальнаго хозяйства въ отдѣльности, чѣмъ такое же давленіе въ узкихъ предѣлахъ небольшихъ сеньерій, ибо, чѣмъ больше площадь давленія, тѣмъ меньше давленіе, испытываемое каждой квадратной единицей въ отдѣльности. Это отлично понимали, и къ концу средневѣковья сложилась въ городскихъ кругахъ соотвѣтственная поговорка, которая гласила: sub rege vivere ipsa est libertas, — жить подъ властью царя (а не сеньера) это уже само по себѣ есть свобода.

Въ процессѣ экономическаго объединенія страны разрослись и осложнились функціи государственной власти.

Сначала путемъ отдѣльныхъ изъятій изъ сеньеріальной юрисдикціи (т. н. королевскихъ случаевъ, cas royaux), а потомъ въ видѣ общаго правила судъ превратился въ исключительное дѣло королевское, государево — и въ этомъ смыслѣ государственное, такъ что оставшаяся впредь до окончательной отмѣны домэніальныхъ правъ сеньеріальная юрисдикція разсматривалась какъ делегація единаго государственнаго суда. Огосударствленіе суда выразилось далѣе въ полной отмѣнѣ древней судебной самопомощи населенія, въ устраненіи общественнаго элемента свѣдущихъ людей (вѣщателей права) и передачѣ судейскихъ должностей исключительно профессіональнымъ государевымъ людямъ. Эти государственные судьи стали судить не на основаніи многообразныхъ мѣстныхъ юридическихъ обычаевъ, а по единому для всѣхъ праву, признанному за таковое или вновь установленному государевой властью. Огосударствленіе суда, однажды ставъ фактомъ, превратилось затѣмъ въ основной принципъ государственной организаціи и продолжаетъ признаваться таковымъ вплоть до нашихъ дней.

Управленіе въ новомъ государствѣ не могло ограничиться централизаціей военнаго и финансоваго дѣла и поневолѣ распространилось на многообразные запросы хозяйственной жизни страны, такъ какъ стремленіе послѣдней къ экономическому объединенію и было главной причиной собиранія земли и власти. Отрицаніе политической супрематіи церкви, опасеніе клерикальнаго господства надъ умами, сознаніе всей важности направленія умственнаго развитія въ ту или другую сторону, наконецъ, потребность въ образованныхъ агентахъ власти, — все это побудило госу-

дарство взять въ свои руки дѣло народнаго образованія (въ частности университеты), а также извѣстное руководство религіозной жизнью населенія. Эти заботы государства о духовномъ, въ особенности религіозномъ развитіи населенія принимали различныя формы въ зависимости отъ отношеній между государствомъ и церковью, которыя въ свою очередъ слагались различно въ странахъ католическихъ и некатолическихъ, особенно протестантскихъ. Какъ бы то ни было, въ сферу государственнаго воздѣйствія вошли постепенно заботы объ удовлетвореніи всѣхъ культурныхъ нуждъ населенія, какъ матеріальныхъ, такъ и духовныхъ. Если въ средніе вѣка политическая власть выступала какъ юрисдикція, то въ новомъ государствѣ она оказалась преимущественно управленіемъ, или, какъ тогда говорили, полиціей, отчего и весь характеръ новаго государства получилъ названіе полицейскаго государства.

Первоначально задача государственнаго управленія заключалась въ освобожденіи общественныхъ организацій и личности отъ гнета феодальныхъ порядковъ, въ отстаиваніи ихъ самостоятельности, въ своего рода опекѣ надъ ними. Но по мѣрѣ ослабленія феодальныхъ порядковъ и даже послѣ ихъ распаденія государственная опека не прекратилась и получила самодовлѣющее значеніе въ смыслѣ властнаго направленія населенія къ достиженію матеріальнаго благосостоянія и духовнаго благоденствія. Въ чемъ заключается это благосостояніе и благоденствіе, каковы цѣли культуры, каковы средства ихъ достиженія, всѣ эти вопросы разрѣшались государственною властью и проводились въ жизнь при помощи спеціальныхъ слугъ государства, — профессіональныхъ чиновниковъ. Населеніе разсматривалось какъ безформенная масса, которую государство обрабатываетъ въ культурномъ отношеніи по намѣченному властью плану. Населеніе ни о чемъ не спрашивали, съ нимъ не считались, ему лишь предписывали, приказывали, властно вели его къ культурному преуспѣянію. Управленіе въ полицейскомъ государствѣ въ принципѣ отрицало какое бы то ни было самоопредѣленіе индивида и общественныхъ группъ и всецѣло покоилось на началѣ всеобъемлющей и всепоглощающей опеки государства надъ личностью и обществомъ.

Полное огосударствленіе суда и широкое, можно сказать, безпредѣльное развитіе государственнаго управленія привели государство къ необходимости самостоятельнаго правотворенія, и, слѣдовательно, къ установленію и упроченію законодательной функціи власти. Законодательство устанавливало единообразную и прочную юридическую норму для судебныхъ рѣшеній. Оно же опредѣляло цѣли культурнаго развитія населенія и точно регламентировало пути и средства ихъ достиженія. Всѣ стороны жизни были подчинены законодательному воздѣйствію и въ согласіи съ принципомъ единства власти, всюду проникающей и все направляющей, правотвореніе было признано не только подобающей, но и исключительной функціей государства.

Практика полицейскаго государства нашла себѣ теоретическое оправданіе, а затѣмъ и руководство въ политическихъ ученіяхъ XVII и XVIII вѣковъ. Теоретическая мысль строила систему государственной опеки въ управленіи сначала на теократическомъ, потомъ на раціональномъ основаніи.

Теократическое обоснованіе государственной опеки проводилось путемъ слѣдующаго разсужденія. Государство, освободившись отъ супрематіи церкви и священной римской имперіи и ставъ суверенным властвуетъ непосредственно Божьей милостью. Властвованіе Божьей милостью есть властвованіе ради опредѣленной объективной цѣли, предначертанной Божественнымъ Провидѣніемъ и возложенной на правителей. Цѣль эта заключается въ лучшемъ земномъ устроеніи подвластныхъ и подготовленіи ихъ къ будущей жизни. Такимъ образомъ на государственную власть возлагается попеченіе о тѣлесномъ и духовномъ благосостояніи населенія. Попеченіе это составляетъ обязанность власти по отношенію къ Богу; по отношенію же къ подданнымъ оно выступаетъ какъ безусловное право государства, какъ его властная функція, въ исполненіи которой правители не обязаны никакимъ отчетомъ передъ подданными, ибо дадутъ въ этомъ отвѣтъ Богу. Соотвѣтственно предначертаніямъ Божественнаго Провидѣнія и, быть можетъ, даже по образу Его и подобію государственная власть печется о населеніи всецѣло, исключительно, независимо и абсолютно. Такую теорію развивалъ въ XVII вѣкѣ нѣмецкій государствовѣдъ В. Л. Зекендорфъ (Veit Ludvig von Seckendorf, Teutscher Fürstenstaat, 1655 г.).

Раціональное обоснованіе государственной опеки исходило отъ школы естественнаго права и представляло собою двѣ разновидности, — строго логическое выведеніе государственнаго всемогущества изъ общественнаго договора, и оппортунистическое (примѣняющееся къ обстоятельствамъ) сочетаніе нѣкоторыхъ раціональныхъ принциповъ съ эмпирически данной государственной властью.

Первый видъ раціональнаго обоснованія государственной опеки находимъ у Ѳомы Гоббса, извѣстнаго уже намъ въ качествѣ наиболѣе строгаго и послѣдовательнаго представителя раціоналистической мысли въ правовѣдѣніи и обществовѣдѣніи. Гоббсъ училъ, что возникшее изъ общественнаго договора государство есть единое лицо, котораго воля, вслѣдствіе договора многихъ людей, считается волею всѣхъ, такъ что оно можетъ употреблять силы и способности каждаго для общаго мира и защиты (см. выше, стр. 286). Цѣлью внутренней дѣятельности государства ставится общій миръ, ибо догосударственное, естественное состояніе людей представляется состояніемъ войны всѣхъ противъ всѣхъ, такъ какъ человѣкъ по отношенію къ человѣку является волкомъ. Замиреніе людей достижимо путемъ подавленія въ человѣкѣ волка, т. е. звѣря, и очеловѣченія человѣка. Это-то очеловѣченіе людей и составляетъ задачу государства, и подъ эту задачу можетъ быть подведена вся культурная работа надъ человѣкомъ, какъ надъ его матеріальной, такъ и надъ его духовной стороной. Въ этой культурной работѣ государство употребляетъ силы и способности каждаго и направляетъ ихъ къ цѣли, намѣчаемой властью. Государство всемогуще, и воздѣйствію его нѣтъ границъ. Оно всецѣло распоряжается и тѣломъ, и душой индивидовъ, оно устанавливаетъ для нихъ различіе добра и зла, оно даетъ имъ религію.

Другой видъ раціональнаго обоснованія государственной опеки путемъ оппортунистическаго сочетанія раціональныхъ принциповъ съ эмпирически данной государственной властью находимъ въ тѣхъ совѣтахъ и наставле-

ніяхъ, которые давали государямъ Лейбницъ (на поворотѣ между XVII и XVIII вѣкомъ), затѣмъ Вольтеръ, Дидро и разные философы и экономисты «вѣка просвѣщенія» (во второй половинѣ XVIII столѣтія). Систематическую, весьма тяжеловѣсную, но зато подробнѣйшую, разработку ученія этого рода далъ нѣмецкій юристъ и государствовѣдъ второй половины XVIII столѣтія Христіанъ Вольфъ. Государственная опека оправдывается и рекомендуется при этомъ помощью несложнаго разсужденія. Разумъ устанавливаетъ естественные законы общежитія, примѣненіе которыхъ въ состояніи обезпечить всеобщее благосостояніе и счастье. Для того чтобы благоденствіе и счастье водворились на самомъ дѣлѣ, необходимо соединеніе знанія и власти. Такое соединеніе будетъ дано, если философы будутъ царствовать или цари философствовать. Первое едва ли достижимо, второго легко достигнуть, стоитъ только наличнымъ государямъ проникнуться идеями вѣка просвѣщенія и проводить ихъ въ жизнь путемъ законодательства и «полиціи» (управленія). Знанія естественныхъ законовъ нельзя ожидать отъ народа, — въ темныхъ массахъ его нѣтъ. Просвѣщенный государь можетъ и долженъ насаждать естественное право всей полнотой своей власти, ибо за нимъ стоитъ раціональная истина, а истина абсолютна, и Эвклидъ былъ деспотомъ въ геометріи. Этого рода раціональное обоснованіе государственной опеки было общераспространеннымъ, лежало въ основѣ реальной политики такихъ государей, какъ Петръ Великій, Екатерина II, Фридрихъ II, Іосифъ II, и получило названіе просвѣщеннаго абсолютизма, или легальнаго деспотизма.

Система государственной опеки была въ свое время вызвана историческою необходимостью и несомнѣнно была въ извѣстную эпоху полезной и плодотворной. Но такъ какъ, подобно всякаго рода правительственнымъ системамъ, она дѣйствовала по инерціи и при поддержкѣ заинтересованныхъ въ ней общественныхъ группъ дольше, чѣмъ это требовалось жизнью, и проводилась черезчуръ прямолинейно вплоть до крайностей, не вызывавшихся необходимостью, то она съ теченіемъ времени стала вредной, тягостной, такъ что самое названіе полицейскаго государства, полицеизма стало синонимомъ угнетенія личности и общества.

Государственная опека содѣйствовала преодолѣнію замкнутаго хозяйства и установленію хозяйства народнаго. Съ образованіемъ капиталистическаго строя послѣдній потребовалъ для своего развитія свободы предпріятія и свободы конкуренціи (соревнованія). Наростаніе сознательности въ обществѣ сопровождалось также требованіемъ свободы духовнаго самоопредѣленія и развитія личности въ религіозномъ и интеллектуальномъ отношеніяхъ. Жизнь выдвинула такимъ образомъ требованіе индивидуальной свободы, свободы отъ государственной опеки и государственнаго воздѣйствія, или требованіе либерализма. Носителемъ либеральныхъ требованій явилось т. н. третье (послѣ духовенства и дворянства) сословіе, или классъ зажиточныхъ горожанъ, буржуазія, въ рукахъ которой сосредоточился денежный капиталъ и въ средѣ которой процвѣтала самостоятельная (независимая отъ церкви и государства) духовная культура. Подъ давленіемъ указанныхъ требованій жизни полицеизмъ палъ, и водворилась въ государственномъ управленіи либеральная система (система свободы).

Либеральная система явилась обезпеченіемъ свободы конкуренціи въ экономическихъ отношеніяхъ и самоопредѣленія личности въ области духовной культуры. Она обозначала собою невмѣшательство государственной власти въ экономическую и духовную жизнь индивидовъ, чего требовали физіократы и Адамъ Смитъ по извѣстной формулѣ laisser faire laisser passer (предоставлять дѣло его собственному теченію)[1]. Въ Англіи либеральная система невмѣшательства установилась еще въ XVIII вѣкѣ, на европейскомъ материкѣ — только послѣ великой французской революціи и наполеоновскихъ войнъ. На континентѣ она никогда не проявлялась въ столь полной мѣрѣ, какъ въ Англіи, и практически выражалась не въ безусловномъ невмѣшательствѣ, а въ значительномъ устраненіи мѣръ государственнаго воздѣйствія на экономическую и духовную жизнь страны.

Либеральная доктрина на континентѣ пошла несравненно дальше либеральной практики государственнаго управленія. Она провозгласила абсолютное невмѣшательство государственной власти въ экономическую и духовную жизнь индивидовъ, доходившее до полнаго отрицанія какого бы то ни было матеріальнаго управленія страной (Кантъ въ XVIII ст.; въ XIX ст. — В. Гумбольдтъ, Бенжаменъ Констанъ). Задачу государства либеральная теорія полагала не въ управленіи, а исключительно въ культурѣ права, въ смыслѣ правотворенія въ законодательствѣ и защиты права на судѣ. Цѣлью права полагалось обезпеченіе личной свободы; къ фактическому устраненію посягательствъ на эту свободу, къ роли городового, къ «полиціи безопасности» сводились задачи государственнаго управленія. Въ этомъ именно смыслѣ либеральная доктрина поставила на мѣсто полицейскаго государства (Polizeistaat) государство правовое (Rechtsstaat)[2].

Теоретической основой либеральной доктрины служило естественно-правовое ученіе, именно — то направленіе школы естественнаго права, для котораго самоопредѣленіе индивида не исчерпывалось участіемъ въ общественномъ договорѣ, но выражалось еще въ тѣхъ условіяхъ, на которыхъ общественный договоръ устанавливалъ государственную организацію. Подъ такими условіями разумѣли логически предшествующее государству признаніе неприкосновенности извѣстной сферы личной жизни индивида, сохраненіе въ его безусловномъ вѣдѣніи извѣстной совокупности его силъ и способностей, въ распоряженіе которыми государство не можетъ вмѣшиваться, и употреблять которыя для общей цѣли оно не должно. Такой частичной неприкосновенности жизни и интересовъ индивида не признавалъ Гоббсъ, который училъ, что государство можетъ употреблять для общей цѣли мира и защиты всѣ силы и способности каждаго. Наиболѣе распространеннымъ въ XVII вѣкѣ среди представителей школы естественнаго права было мнѣніе, что по принципу общественнаго договора допустима двоякая организація государства, — и по тому типу, который у Гоббса признавался логически единственно возможнымъ, и по типу выдѣленія опре-

[1] Предшественники физіократовъ въ экономической наукѣ — меркантилисты (XVII в.) стояли за государственное вмѣшательство и государственную опеку и оправдывали полицеизмъ съ экономической точки зрѣнія.

[2] Понятіе правового государства имѣетъ еще и другой смыслъ, о которомъ намъ придется говорить въ XIV-ой главѣ.

дѣленной сферы индивидуальной свободы, понимаемой въ смыслѣ свободы отъ воздѣйствія и вмѣшательства государственной власти. Но въ томъ же XVII столѣтіи (въ серединѣ его) англійскій философъ и политическій мыслитель Джонъ Локкъ выставилъ въ качествѣ ненарушимаго условія организаціи государства по общественному договору неприкосновенность свободы и собственности индивидовъ. Это ученіе Локка явилось теоретическимъ оправданіемъ англійской революціи 1648—9 гг., когда народъ возсталъ противъ произвольнаго лишенія гражданъ свободы, произвольной конфискаціи ихъ имущества и произвольнаго обложенія ихъ налогами. Въ понятіи свободы къ тѣлесной неприкосновенности индивида прибавили его духовную свободу, главнымъ образомъ свободу религіозную, которую проповѣдывалъ въ Англіи Мильтонъ, и которую отстаивали и нѣмецкіе представители школы естественнаго права (особенно Христіанъ Томазій) мало заботившіеся о тѣлесной свободѣ индивида и неприкосновенности его хозяйственной жизни. Такимъ образомъ упрочилось представленіе о томъ, что невмѣшательство государства въ опредѣленную сферу матеріальной и духовной жизни человѣка составляетъ принципъ, предшествующій государству логически и морально, и потому безусловно для него обязательный. Выраженное въ терминахъ естественнаго права представленіе это вылилось въ признаніе субъективныхъ естественныхъ правъ индивида, прирожденныхъ и неотчуждаемыхъ по общественному договору. Проблема субъективныхъ правъ гражданъ на индивидуальную свободу отъ государства была значительно углублена Ж. Ж. Руссо (1712—1778) въ его знаменитомъ «Общественномъ договорѣ» (Du contrat social, 1762). Руссо не считалъ этихъ субъективныхъ правъ правами прирожденными, которыя бы существовали уже въ естественномъ состояніи и оттуда были бы привнесены въ общественный договоръ. Напротивъ того, по его мнѣнію, эти субъективныя права индивидовъ возникаютъ только въ общественномъ договорѣ и составляютъ его необходимое условіе. Общественный договоръ основывается на «общей волѣ» (volonté générale), а эта общая воля есть для Руссо ничто иное, какъ правосознаніе и правовая совѣсть человѣческая, направленная на общественное и государственное устройство. Это правосознаніе и эта совѣсть требуютъ, чтобы за всякимъ человѣкомъ была признана обществомъ и государствомъ опредѣленная свобода личности, безъ которой человѣкъ пересталъ бы быть подлиннымъ человѣкомъ. Слѣдовательно, субъективныя права личной свободы проистекаютъ у Руссо изъ нормативной идеи о нравственной (моральной) личности человѣка. Такъ какъ общественное и государственное устройство покоится на этой нормативной идеѣ (въ этомъ вѣдь заключается смыслъ общественнаго договора), государство не смѣетъ вмѣшиваться въ сферу индивидуальной свободы, не смѣетъ отнимать у индивидовъ ихъ субъективныхъ правъ личности[1]. Воз-

[1] Въ наукѣ существуетъ споръ по вопросу о томъ, признавалъ ли Руссо неотъемлемыя права гражданской свободы. Іеллинекъ (G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895) рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, его противникъ Бутми (въ Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1903) положительно. Въ послѣднее время молодому ученому Г. Д. Гурвичу удалось установить истинный смыслъ volonté générale и показать, что неотъемлемыя права личности вытекаютъ у Руссо изъ нормативной идеи о мо-

зрѣнія Руссо нашли себѣ систематическое философское выраженіе у Канта. Кантъ принципіально обосновалъ невмѣшательство государства въ извѣстную сферу индивидуальной свободы, такъ какъ цѣль права исключительно въ разграниченіи внѣшней свободы при полномъ безразличіи правового и государственнаго порядка къ моральнымъ и матеріальнымъ цѣлямъ дѣятельности людей въ предѣлахъ индивидуальной свободы (см. выше § 9). Декретированная учредительнымъ собраніемъ Декларація правъ человѣка и гражданина отнесла къ числу прирожденныхъ неотчуждаемыхъ правъ индивида не только права на участіе во власти, но и права на свободу отъ воздѣйствія власти. На эту точку зрѣнія встала либеральная доктрина, признававшая свободу конкуренціи въ экономическихъ отношеніяхъ и духовную свободу естественными правами личности и выводившая отсюда принципъ невмѣшательства государственной власти въ экономическую и духовную жизнь населенія.

Какъ мы уже отмѣтили выше, либеральная доктрина, съ провозглашенной ею замѣной полицейскаго государства государствомъ правовымъ въ специфическомъ для нея пониманіи послѣдняго, никогда не соотвѣтствовала полностью дѣйствительному положенію дѣла. Несостоятельность ея обнаружилась ко времени окончательнаго кризиса индивидуалистической концепціи государства, который, какъ мы уже знаемъ, послѣдовалъ къ половинѣ XIX столѣтія, когда выдвинулся соціальный вопросъ и сложилось ученіе объ обществѣ.

Индивидуальная свобода отъ воздѣйствія власти привела къ разочарованію какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніи. Въ теоріи сознали, что матеріальная и духовная культура является плодомъ не индивидуальной, а коллективной, общественной дѣятельности. На практикѣ обнаружилось, что индивиды не равны, соціально слабыя группы индивидовъ не въ силахъ пользоваться дарами свободы и требуютъ для своего развитія не невмѣшательства, а опредѣленнаго содѣйствія власти. Государственная организація, отражающая въ себѣ соотношеніе общественныхъ группъ и устанавливающая достижимое при данномъ соотношеніи равновѣсіе между ними, не можетъ не принимать участія въ матеріальной и духовной дѣятельности общества. Только участіе это въ различныя эпохи принимаетъ различныя формы. При однихъ условіяхъ устанавливается полная государственная опека и т. н. полицеизмъ. При другихъ условіяхъ система управленія видоизмѣняется, и попечительное воздѣйствіе власти на индивидовъ смѣняется содѣйствіемъ культурной дѣятельности индивидовъ и общественныхъ группъ.

Съ половины XIX столѣтія проблема государственнаго управленія вновь привлекла къ себѣ напряженный практическій и теоретическій интересъ. Задачу управленія стали усматривать въ содѣйствіи государства культурной работѣ индивидовъ и общественныхъ группъ. Государство признаетъ и

ральной личности человѣка. См. Г. Д. Гурвичъ, Руссо и декларація правъ. Идея неотъемлемыхъ правъ въ политической доктринѣ Руссо, Петроградъ, 1918 г.; Идея неотъемлемыхъ правъ лица въ политической доктринѣ XVII—XVIII вѣковъ, (Труды русскихъ ученыхъ за границей, томъ I, Берлинъ, 1922 г.;) Dr. Georg Gurwitsch, Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten, „Kant-Studien", Band XXVII, 1922.

охраняетъ свободу тѣхъ и другихъ и предоставляетъ имъ возможность свободной дѣятельности, какъ матеріальной, такъ и духовной. Но когда оказывается, что извѣстныя культурныя цѣли не достижимы ни индивидуальными усиліями, ни усиліями разнаго рода общественныхъ соединеній, тогда государство принимаетъ дѣятельность, направленную на достиженіе этихъ цѣлей, въ свое вѣдѣніе и этимъ оказываетъ содѣйствіе культурнымъ интересамъ общества.

Съ наростаніемъ сознательности въ соціально слабыхъ, т. е. неимущихъ классахъ, невмѣшательство государства въ экономическія отношенія угрожаетъ постояннымъ нарушеніемъ того равновѣсія между общественными классами, на которомъ зиждется государственная организація. Въ виду этого государственная власть оказывается вынужденною вмѣшиваться въ эти отношенія, ослаблять проявленія свободной конкуренціи и оказывать содѣйствіе элементамъ соціально слабымъ. Сознательно возникшій соціальный вопросъ неминуемо возлагаетъ на государственную власть задачи соціальной политики, болѣе или менѣе широкое проведеніе которой зависитъ отъ сознательности неимущихъ, дальновидности имущихъ и, главное, отъ участія во власти все болѣе и болѣе широкихъ общественныхъ круговъ.

Новое ученіе о вмѣшательствѣ государства въ экономическую и духовную жизнь общества, какъ видимъ, существенно отличается отъ старой теоріи полицейскаго государства. Сообразно этому въ новомъ ученіи, съ половины XIX столѣтія, отказались отъ стараго термина полиціи (государственнаго устроенія, police, Polizei) и заговорили объ управленіи (administration, Verwaltung). Въ связи съ новымъ ученіемъ о задачахъ управленія отказались отъ понятія правового государства (Rechtsstaat) въ его специфическомъ пониманіи либеральной доктриной и характеризуютъ современное государство по цѣлямъ его дѣятельности какъ государство культурное (Kulturstaat). Правовымъ же признаютъ современное государство съ точки зрѣнія не цѣлей, а пріемовъ и формъ его дѣятельности, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже, въ главѣ XIV-ой.

Управленіе, судъ и законодательство, являясь тремя отличными другъ отъ друга проявленіями государственной власти, въ то же время связаны между собою весьма тѣсно. Въ законодательствѣ устанавливаются цѣли и организація управленія, устройство суда, и даются юридическія нормы, въ предѣлахъ которыхъ ведется управленіе и по которымъ творится судъ. Въ судѣ и въ управленіи законодательныя нормы находятъ себѣ осуществленіе; въ судѣ же и въ управленіи обнаруживается потребность въ новомъ законодательномъ творчествѣ, и накопляется матеріалъ для послѣдняго. Вслѣдствіе этого вполнѣ понятно, что надъ законодательствомъ, судомъ и управленіемъ возвышается нѣкоторая высшая сфера проявленія государственной власти, намѣчающая и опредѣляющая основныя задачи и принципы государственной дѣятельности, которые объединяютъ и законодательство, и судъ, и управленіе и проводятся въ каждомъ изъ нихъ сообразно ихъ особенностямъ. Это высшее, объединяющее и направляющее, проявленіе государственной власти можно назвать правленіемъ (gouvernement, Regierung). Къ нему относятся и такія дѣйствія государственной власти, которыя спеціально не укладываются ни въ законодательство, ни въ судъ, ни

въ управленіе. Таковы, нпр., восшествіе на престолъ, избраніе главы государства, политическіе выборы, конституированіе законодательныхъ палатъ, объявленіе войны, заключеніе мира, заключеніе политическихъ союзовъ. Ихъ такъ и называютъ правительственными актами (actes de gouvernement, Regierungsakte).

§ 37. ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНЫ

O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, 1887 (Schmollers Jahrbuch, VII); G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892, 2-ое изд., 1905 г.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XVI und XVII Kapitel; Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, Къ вопросу о юридической природѣ государства и органовъ государственной власти, 1896 г. (Ученыя Записки Имп. Моск. Унив., Отд. Юрид., вып. XIII); Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, §§ 4 и 48; Léon Duguit, L'état, les gouvernants et les agents, 1903; Schlossmann, Organ und Stellvertreter (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts), 1912; H. Preuss, Stellvertretung oder Organschaft (Iherings Jahrbücher), 1912; Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911, Кар. XXX; Монтескье, О духѣ законовъ (русскій переводъ подъ ред. А. Г. Горнфельда, со вступит. статьей М. М. Ковалевскаго, 1900 г.), книга XI, глава VI; Н. Ворошиловъ, Критическій обзоръ ученія о раздѣленіи властей, 1871 г.; A. Saint-Girons, Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire, 1881; Artur, De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions, 1905; Bondy, The separation of Governemental Powers, 1896; Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, tome I, 1911, §§ 63, 64, 76.

Проявленія государственной власти или акты властвованія не могутъ совершаться иначе, какъ только путемъ волеизъявленій и соотвѣтственныхъ имъ дѣйствій индивидуальныхъ лицъ. Тѣ лица, которымъ право предоставляетъ изъявлять государственную волю и совершать акты властвованія, и въ волеизъявленіяхъ и дѣйствіяхъ которыхъ осуществляется воля государства, называются государственными органами. Органы имѣются у государства такъ же, какъ имѣются у всякаго юридическаго лица (см. выше, стр. 133).

Государственными органами являются какъ отдѣльныя лица, такъ и совокупности лицъ, ихъ собранія, или коллегіи. Въ первомъ случаѣ актъ государственной власти представляетъ собою результатъ единоличнаго волеизъявленія, во второмъ — волеизъявленія собирательнаго, или коллегіальнаго. Коллегіальное волеизъявленіе образуется путемъ голосованія и достигается либо однообразнымъ согласіемъ всѣхъ (таково, нпр., единомысліе, или одиначество на древнихъ вѣчахъ), либо по большинству голосовъ. Современная государственная организація признаетъ рѣшеніе по большинству голосовъ, какъ практически наиболѣе цѣлесообразное и наиболѣе справедливое. Большинство различается простое или квалифицированное. Простое большинство голосовъ получается при наличности хотя-бы одного голоса сверхъ половины голосующихъ $(\frac{n}{2}+1)$. Квалифицированнымъ называется усиленное большинство, напримѣръ, — двѣ трети или три четверти голосовъ. Квалифицированное большинство требуется при рѣшеніи дѣлъ особенной важности.

Всякому государственному органу предоставляется совершеніе актовъ государственнаго властвованія по опредѣленному роду дѣлъ и въ опредѣленной степени принудительнаго воздѣйствія на населеніе. Устанавливаемый такимъ образомъ кругъ дѣятельности государственнаго органа называется его компетенціей (см. выше, стр. 133). Компетенція государственныхъ органовъ устанавливается нормой, опредѣляющей государственную организацію, т. е. нормой государственнаго права. Юридическую силу имѣютъ только дѣйствія, совершаемыя государственнымъ органомъ въ предѣлахъ его компетенціи.

Предоставленная государственному органу въ предѣлахъ его компетенціи возможность совершать акты властвованія называется его функціей. Въ понятіи функціи государственнаго органа соединяется и обязанность, и право, — обязанность по отношенію къ государству и право по отношенію къ подвластнымъ, а также къ другимъ государственнымъ органамъ (см. выше, стр. 185 и 213—214).

Основнымъ дѣленіемъ государственныхъ органовъ является дѣленіе ихъ на прямые, непосредственные, или высшіе, и непрямые (косвенные), посредствующіе, или подчиненные.

Прямыми, или непосредственными государственными органами называютъ тѣ органы, которые составляютъ самую основу государственнаго устройства, и съ установленіемъ которыхъ получаетъ бытіе самое государство. Эти органы не производны, непосредственно выражаютъ государственную волю, никому не подчинены и признаются органами верховными. Прямыми государственными органами являются монархъ, народное собраніе (вѣче), собраніе избирателей для политическихъ выборовъ, парламентъ (или т. н. народное представительство).

Не-прямыми, или посредственными государственными органами, называются органы, производные отъ прямыхъ. Они выражаютъ государственную волю не непосредственно, а лишь по полномочію, получаемому отъ прямыхъ органовъ, подчинены послѣднимъ и посему оказываются органами подчиненными. Не-прямыми государственными органами являются всѣ должностныя лица и учрежденія въ государствѣ кромѣ прямыхъ.

Понятіе государственнаго органа есть понятіе не соціологическое, а юридическое; оно неразрывно связано съ конструкціей государства, какъ юридическаго лица. При отверженіи этой послѣдней конструкціи сама собою отпадаетъ и конструкція государственныхъ органовъ и должна быть замѣнена какимъ либо инымъ построеніемъ. Совершенно непонятно, какимъ образомъ Коркуновъ, конструирующій государство какъ юридическое отношеніе, сохраняетъ конструкцію государственныхъ органовъ. Государственные органы оказываются у него органами юридическаго отношенія, что врядъ ли имѣетъ какой либо опредѣленный смыслъ. Послѣдовательно поступаетъ Дюги. Отвергнувъ конструкцію государства, какъ юридическаго лица, онъ не признаетъ никакихъ государственныхъ органовъ и говоритъ о правящихъ людяхъ (les gouvernants) и ихъ агентахъ (les agents), изъ которыхъ первые соотвѣтствуютъ прямымъ и непроизводнымъ государственнымъ органамъ, вторые — производнымъ и подчиненнымъ. Какъ мы уже указывали выше, Дюги подходитъ къ вопросу съ соціологической точки зрѣнія и опредѣляетъ правящихъ, какъ индивидовъ болѣе

сильныхъ, проявляющихъ свою силу ради общественной цѣли подъ каковою разумѣетъ укрѣпленіе и развитіе общественной солидарности. Конструкція правящихъ и ихъ агентовъ, какъ органовъ государства, предоставляетъ собою ничто иное, какъ выраженіе въ юридическихъ терминахъ той же мысли, что правящіе проявляютъ свою силу ради общественной цѣли, воплощеніемъ которой является юридическая личность государства. Какъ акціонеръ есть особая сторона въ общемъ хозяйственномъ и моральномъ обликѣ того или другого Ивана Ивановича, обладающаго акціями, такъ и качество государственнаго органа есть также особая сторона въ обликѣ того же Ивана Ивановича, занимающаго постъ министра, губернатора или кресло члена Государственной Думы.

Существенно важнымъ являлся личный составъ государственныхъ органовъ, отъ характера и измѣненія котораго зависитъ характеръ и измѣненіе государственнаго строя.

Новое государство установилось въ большинствѣ европейскихъ странъ въ видѣ абсолютной монархіи, т. е. такого устройства, при которомъ единственнымъ прямымъ и непроизводнымъ органомъ государства было лицо — государь, такъ что въ этомъ лицѣ воплощалась юридическая личность государства. Съ приходомъ народа къ участію во власти, съ учрежденіемъ народнаго представительства, сверхъ монарха появились другіе прямые органы государства, — совокупность политическихъ избирателей и народное представительство. Юридическая личность государства отдѣлилась отъ личности государя. Изъ личнаго дѣла монарха власть стала общимъ дѣломъ, или, какъ иногда выражаются, власть обобществилась.

Обобществленіе власти сказывается и въ устройствѣ подчиненныхъ государственныхъ органовъ.

Въ абсолютной монархіи всѣ государственные органы кромѣ самого государя являются органами производными и подчиненными. Личный составъ этихъ производныхъ подчиненныхъ органовъ пополняется, съ одной стороны, изъ лицъ высшаго (дворянскаго) сословія, для которыхъ служба государева является сословной привилегіей или повинностью, съ другой стороны, изъ лицъ, для которыхъ служба государева является ихъ единственной профессіей, и которые образуютъ особый приказный, или чиновничій классъ. Въ началѣ развитія новыхъ монархій преобладала сословная система пополненія личнаго состава подчиненныхъ государственныхъ органовъ; потомъ возобладала система приказная, или чиновная. Сообразно этому различаютъ въ исторіи абсолютной монархіи двѣ стадіи: монархію сословную (der monarchische Ständestaat) и монархію чиновничью (der monarchische Beamtenstaat), или бюрократическую (канцелярскую). Съ водвореніемъ участія народа во власти, сословный элементъ отпалъ, а бюрократическій остался и проявляетъ себя даже въ современныхъ демократіяхъ, такъ что можно говорить о бюрократіи, какъ объ извѣстномъ типѣ если не государственнаго устройства, то государственнаго управленія даже въ наше время.

Личный составъ подчиненныхъ органовъ носитъ не только профессіонально-бюрократическій, но и общественный характеръ. Послѣднее имѣется тогда, когда составъ единоличныхъ и коллегіальныхъ подчиненныхъ органовъ пополняется лицами, поставляемыми или избираемыми населеніемъ.

Этимъ достигается обобществленіе власти въ подчиненныхъ государственныхъ органахъ. Оно исторически даже предшествуетъ обобществленію власти въ прямыхъ и непроизводныхъ государственныхъ органахъ. Такъ, у насъ земское и городское самоуправленіе и судъ присяжныхъ предшествовали установленію народнаго представительства.

Соотвѣтственно тремъ основнымъ отраслямъ проявленія государственной власти, — законодательству, суду и управленію, — можно различать государственные органы по характеру ихъ функцій и дѣлить на органы законодательные, судебные и административные. Слѣдуетъ однако замѣтить, что законодательство, судъ и управленіе распредѣлены между государственными органами различнаго состава не по началу полнаго раздѣленія, а по принципу преобладанія тѣхъ или другихъ функцій. Въ виду важности законодательства, каковымъ опредѣляется вся организація общежитія, законодательство составляетъ преобладающую функцію прямыхъ и непроизводныхъ органовъ. Такъ, монархъ и народное представительство являются законодательными органами преимущественно. Наряду съ этимъ монархъ является источникомъ судебной власти и главой всего управленія; народное представительство также принимаетъ участіе въ управленіи, хотя бы въ видѣ контроля надъ дѣятельностью подчиненныхъ органовъ. Установленіе юридическихъ нормъ, т. е. законодательство въ широкомъ смыслѣ этого слова, предоставляется въ извѣстной степени и подчиненнымъ органамъ управленія, правотворящіе акты которыхъ имѣютъ особую подчиненную силу и носятъ особое названіе указовъ, о чемъ будемъ подробно говорить ниже, въ главѣ XIII-ой. Судъ и управленіе предоставляются подчиненнымъ органамъ, которые и дѣлятся въ соотвѣтствіи съ этимъ на судебные и административные. Отдѣленіе судебныхъ органовъ отъ административныхъ проводится наиболѣе послѣдовательно въ виду особыхъ свойствъ судебной и административной дѣятельности, изъ которыхъ первая покоится исключительно на началѣ правомѣрности, вторая — и на началѣ цѣлесообразности.

Соединеніе разнообразныхъ функцій въ однѣхъ рукахъ устраняетъ возможность контроля, что ведетъ къ произволу, противъ котораго при соединеніи функцій не оказывается никакой сдержки. Раздѣленіе органовъ по функціямъ на законодательные, судебные и административные имѣетъ въ виду предотвратить возможность произвола путемъ сдержки, оказываемой однимъ органомъ по отношенію къ другому. Ученіе о взаимномъ сдерживаніи органовъ съ обособленными функціями было развито въ первой половинѣ XVIII вѣка извѣстнымъ уже намъ политическимъ мыслителемъ Монтескье въ его сочиненіи «О духѣ законовъ» (1848 г.). Монтескье признавалъ три основныя отрасли проявленія государственной власти особыми властями въ государствѣ и говорилъ о власти законодательной, судебной и исполнительной (административной — по современной намъ терминологіи). Такимъ образомъ ученіе о раздѣленіи органовъ власти: вылилось у него въ ученіе о раздѣленіи властей.

Во всякомъ государствѣ, говоритъ Монтескье, есть три рода власти: 1) законодательная власть, 2) власть исполнительная относительно дѣлъ, зависящихъ отъ «права народовъ», т. е. международнаго права, и 3) власть исполнительная относительно дѣлъ, зависящихъ отъ права гражданскаго

(въ широкомъ смыслѣ этого слова, т.е. права, дѣйствующаго внутри государства). Функціи первой власти намъ понятны. Требуетъ разъясненія только вопросъ о содержаніи второй и третьей изъ различаемыхъ у Монтескье властей. Къ функціямъ второй власти Монтескье относитъ заключеніе мира, веденіе войны, отправленіе и пріемъ посольствъ, установленіе безопасности, отраженіе нападенія. Третья власть караетъ преступленія и разрѣшаетъ жалобы частныхъ лицъ. Поэтому третью власть Монтескье называетъ судебной, а названіе исполнительной удерживаетъ только для второй власти. Техническій терминъ «судебная власть» дѣлаетъ понятнымъ для насъ ея содержаніе такъ же, какъ сразу было понятно содержаніе законодательной власти. Затруднительнымъ для пониманія остается все же понятіе исполнительной власти у Монтескье, и мы вынуждены остановиться на его разъясненіи.

Вглядѣвшись въ перечень дѣлъ, приведенныхъ у Монтескье въ качествѣ предметовъ вѣдѣнія исполнительной власти, мы видимъ, что послѣдняя обнимаетъ собою внѣшнее государственное управленіе, военное управленіе и т. н. полицію безопасности, т. е. она обнимаетъ собою все то, что относила къ области государственнаго управленія либеральная доктрина (см. стрн. 313—314). Наблюдая реальныя явленія политической жизни, Монтескье уразумѣлъ эмпирическую необходимость освобожденія личности отъ гнета властнаго воздѣйствія государства на индивидуальную жизнь (см. выше стрн. 168) и въ этомъ смыслѣ выступилъ въ качествѣ убѣжденнаго сторонника и поборника либерализма. Онъ никогда не доходилъ до крайностей либеральной доктрины и не провозглашалъ принципа невмѣшательства государственной власти въ духовную и экономическую жизнь населенія. Напротивъ того, онъ признавалъ такое вмѣшательство и видѣлъ въ немъ высокую культурную миссію государства. Но при этомъ онъ требовалъ, чтобы акты такого вмѣшательства совмѣщались съ обезпеченіемъ личности отъ произвола правителей, которымъ столь изобиловала практика полицейскаго государства. Вслѣдствіе этого ту область проявленія государственной власти, которая остается за вычетомъ законодательства и суда, Монтескье назвалъ исполнительной властью (pouvoir éxécutif), подчеркивая этимъ названіемъ, что власть эта въ его пониманіи не предоставлена произвольному усмотрѣнію ея носителей, но должна исполнять законы. Въ формальномъ опредѣленіи исполнительной власти Монтескье ограничилъ ея компетенцію во внутреннихъ дѣлахъ предѣлами т. н. полиціи безопасности, но во всемъ изложеніи его трактата повсюду признается дѣятельность государственной власти и въ области т. н. полиціи благосостоянія. Въ виду этого насъ не должно смущать данное Монтескье формальное опредѣленіе исполнительной власти, и мы можемъ сказать, что по существу Монтескье понималъ подъ исполнительной властью всю область государственнаго управленія, но управленія не произвольнаго, а законномѣрнаго, не угнетающаго индивидуальной свободы, а считающагося съ нею.

Раздѣленіе трехъ властей проводится въ теоріи Монтескье въ качествѣ средства обезпеченія личной свободы отъ произвольныхъ дѣйствій правителей. Свое основное теоретическое положеніе Монтескье обосновываетъ и развиваетъ слѣдующимъ образомъ.

Соединеніе всѣхъ трехъ властей въ одномъ лицѣ или въ одномъ учрежденіи уничтожаетъ личную свободу. Если власть законодательная соединена съ исполнительною, то нѣтъ у личности свободы потому, что всегда имѣется опасеніе, какъ бы держащій обѣ власти монархъ или сенатъ не сталъ издавать тиранических ихъ законовъ въ видахъ тиранического же ихъ исполненія. Точно также вовсе нѣтъ свободы, если судебная власть не отдѣлена отъ власти законодательной и исполнительной. Когда власть судебная соединена съ законодательною, власть надъ жизнью и имуществомъ гражданъ превращается въ произволъ, потому что судья не рѣшаетъ дѣла на основаніи общей нормы закона, а имѣетъ возможность создавать норму ad hoc для даннаго случая по личному своему усмотрѣнію. Если судебная власть соединена съ исполнительною, то судья легко можетъ стать притѣснителемъ, такъ какъ имѣетъ возможность въ порядкѣ управленія принудить лицо къ тому, чего не могъ навязать ему въ судебномъ приговорѣ. Все было бы потеряно, говоритъ Монтескье, т. е. личная свобода окончательно бы исчезла, если бы одно лицо или одно учрежденіе, каковъ бы ни былъ составъ послѣдняго, осуществляло всѣ три власти: власть составлять законы, власть приводить въ исполненіе публичныя рѣшенія и власть судить преступленія и тяжбы частныхъ лицъ.

Такова абстрактная сущность теоріи раздѣленія властей. Съ конкретнымъ ея примѣненіемъ въ конструкціи опредѣленнаго типа государственной организаціи намъ придется еще познакомиться въ главѣ, посвященной классификаціи государствъ (см. § 39). Въ отвлеченномъ ученіи о государственныхъ органахъ достаточно и сказаннаго.

Такъ какъ отличительною особенностью государства новаго времени, сложившейся исторически и закрѣпленной общественнымъ правосознаніемъ, является принципіальное единство властвованія, то построеніе государства, какъ сочетанія трехъ властей, не допустимо. Нельзя говорить о трехъ властяхъ въ государствѣ, ибо государственная власть едина. Рѣчь можетъ быть не о раздѣленіи трехъ властей, а о раздѣленіи государственныхъ органовъ по началу обособленія трехъ основныхъ функцій государственной власти. Основные доводы Монтескье въ пользу такого раздѣленія до сихъ поръ сохраняютъ свою силу, какъ сохраняетъ ее и цѣль такого раздѣленія, заключающаяся въ обезпеченіи личности отъ произвола правителей. Практическое осуществленіе этого раздѣленія уклоняется однако отъ той прямолинейности, съ какою проводилъ его въ своей теоріи Монтескье.

ГЛАВА XII. КЛАССИФИКАЦІЯ ГОСУДАРСТВЪ

Passy, Des formes de gouvernement et des lois qui les régissent, 2-me édition. 1876; Н. Зверевъ, Основанія классификаціи государствъ въ связи съ общимъ ученіемъ о классификаціи, 1883 г.; Б. Н. Чичеринъ, Курсъ государственной науки, томъ I, 1896 г.

Для того, чтобы разобраться въ конкретномъ многообразіи эмпирически данныхъ государствъ, политическіе мыслители издревле старались найти между отдѣльными государствами, бывшими предметомъ ихъ наблюденія и ихъ изслѣдованія, нѣкоторыя общія черты. По этимъ общимъ чертамъ они объединяли сходныя государства въ отдѣльные виды. Такой пріемъ сведенія разрозненныхъ явленій на основаніи общихъ признаковъ ихъ въ видовыя группы извѣстенъ подъ названіемъ классификаціи. Классификація ведетъ къ распредѣленію явленій по видамъ. Явленія одного вида объединены единствомъ видового признака. Видовые признаки отличны другъ отъ друга, и на взаимномъ ихъ противоположеніи основывается обособленіе видовыхъ группъ. Но при всей своей противоположности видовые признаки представляютъ собою только различныя проявленія одного какого либо начала, общаго всей совокупности классифицируемыхъ явленій и существенно для нихъ важнаго. Такимъ существеннѣйшимъ элементомъ въ государствѣ является власть. Организація властвованія опредѣляетъ собою государственное устройство, или т. н. образъ, или форму правленія. Классификація государствъ сводится къ распредѣленію ихъ по отдѣльнымъ образамъ, или формамъ правленія.

Классификаціонныя схемы мѣнялись въ государствовѣдѣніи, съ одной стороны, вслѣдствіе измѣненія и осложненія эмпирическаго матеріала, который доставляла наблюдателямъ непрерывная эволюція государства въ разныя эпохи и у разныхъ народовъ, съ другой стороны, подъ вліяніемъ измѣнявшагося пониманія явленій государственной жизни.

Мы не имѣемъ возможности исчерпать всѣ наличныя классификаціонныя схемы и не можемъ даже задаваться цѣлью изложить послѣдовательно, хотя бы и въ общихъ чертахъ, весь ходъ историческаго развитія классифицирующей мысли въ государствовѣдѣніи. Намъ приходится ограничиться ознакомленіемъ съ наиболѣе типическими классификаціонными схемами на разныхъ ступеняхъ эволюціи и при разныхъ системахъ концепціи государства. Имѣя въ виду такую задачу, мы послѣдовательно разсмотримъ выработанную эллинскою мыслью классическую схему распредѣленія государствъ по количеству правящихъ лицъ и степени обезпеченія общаго

блага. Эта классическая схема была усвоена западно-европейскими юристами и государствовѣдами, превратилась въ школьную традицію и въ основѣ своей продержалась безъ измѣненій вплоть до водворенія въ наукѣ индивидуалистической концепціи государства (см. выше стрн. 299). Послѣдняя выдвинула новую схему распредѣленія государствъ по степени обезпеченія личной свободы. Эта новая классификація установлена была многократно упоминавшимся нами политическимъ писателемъ XVIII вѣка Монтескье. Какъ мы уже знаемъ, Монтескье выступилъ противъ раціонализма въ наукѣ о правѣ и государствѣ, пролагалъ путь къ историческому ихъ изученію и въ этомъ (методологическомъ) отношеніи расходился съ школой естественнаго права (см. выше стрн. 240—242). Но именно какъ эмпирикъ, Монтескье уразумѣлъ эмпирическую необходимость свободы личности въ государствѣ и потому явился сторонникомъ индивидуалистической концепціи государства, которая обосновывалась въ школѣ естественнаго права раціоналистически (см. выше стрн. 167). Индивидуалистическая концепція государства смѣнилась въ половинѣ XIX столѣтія концепціей соціальной, что отразилось и на вопросѣ о классификаціи государствъ. Поэтому отъ классификаціи Монтескье мы перейдемъ къ разсмотрѣнію новой попытки распредѣленія государствъ по различію культурнаго развитія и строенія общественныхъ элементовъ, и закончимъ главу обзоромъ образовъ устройства и управленія современныхъ культурныхъ государствъ.

§ 38. РАСПРЕДѢЛЕНІЕ ГОСУДАРСТВЪ ПО КОЛИЧЕСТВУ ПРАВЯЩИХЪ ЛИЦЪ И ПО СТЕПЕНИ ОБЕЗПЕЧЕНІЯ ОБЩАГО БЛАГА

Karl Hindenbrand, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie, I. Band. Das klassische Alterthum, Leipzig, 1860; В. Н. Чичеринъ, Исторія политическихъ ученій, частъ I, изд. 2-ое, 1893; *Ἀριστοτέλους τὰ πολιτικά* Politique d'Aristote traduite en français d'après le texte collationé sur les manuscrits et les éditions principales par J. Barthélémy-Saint-Hilaire, Paris, 1837, французск. переводъ также въ изданіи Garnier, Classiques; нѣмецк. переводъ Аристотелевой политики въ Langenscheidtsche Bibliothek и у Teubner'a; Аристотель, Политика, перев. съ греч. съ предисл. и примѣч. С. А. Жебелева, 1911 г.; Polybius, Historia, нѣмец. переводъ въ Langenscheidtsche Bibliothek и у Teubner'a; Полибій, Всеобщая исторія въ сорока книгахъ, книга VI, русскій переводъ съ предисловіемъ и примѣчаніями Ѳ. Г. Мищенка, томъ II, 1895 г.

Классическая схема распредѣленія образовъ правленія восходитъ къ Платону. Отправною точкою Платонова ученія въ этомъ отношеніи служитъ представленіе объ идеальномъ государствѣ, въ которомъ власть принадлежитъ тому, кто обладаетъ подлиннымъ знаніемъ справедливаго. Такое лицо располагаетъ полной свободой въ правленіи государствомъ. Какъ врачъ, слѣдуя своему искусству, часто долженъ рѣзать, прижигать и вообще причинять больному въ видахъ его излѣченія ужаснѣйшую боль, такъ истинно-справедливый правитель долженъ имѣть возможность свободно обращаться съ государствомъ согласно своему знанію и предпринимать для спасенія государства любую болѣзненную операцію. Такой правитель не ограниченъ никакими законами. Необходимыя въ государствѣ

общія постановленія являются лишь обобщенными приказаніями такого правителя. Существованіе такого правителя Платонъ не считалъ абсолютно невозможнымъ Въ высшей степени затруднительно однако установленіе такого правленія, потому что нѣтъ нагляднаго признака, по которому можно было бы отличить лицъ, одаренныхъ безусловной способностью къ правленію. Истинный правитель долженъ былъ бы выдѣляться изъ среды людей подобно маткѣ въ пчелиномъ роѣ.

Идеальное государство, управляемое истиннымъ политикомъ согласно собственному его знанію справедливости, одиноко возвышается надъ реальной государственной жизнью. Послѣдняя представляетъ собою всегда устройство несовершенное, различныя проявленія котораго разнятся однако другъ отъ друга по степени удаленія отъ идеальнаго государства. Ближе къ нему стоятъ государства подзаконныя (*νίμιμαι* v. *κατὰ νόμους πολιτεῖαι*), т.е. такія, въ которыхъ носители власти подчинены нѣкоторымъ объективнымъ правиламъ неподвижнаго этоса. Рѣшительно уклоняются отъ идеала справедливости государства произвольныя (*παρὰ νόμους* v. *ἄνευ νόμων*), т. е. такія, въ которыхъ носители власти не подчиняются объективному этосу. Какъ въ подзаконномъ, такъ и въ произвольномъ государствѣ власть можетъ принадлежать либо одному лицу, либо немногимъ, либо многимъ (*ἑνί, ὀλίγοις, πολλοῖς*). Сообразно этому каждый изъ основныхъ типовъ реальныхъ государствъ даетъ три разновидности по количеству правящихъ. Подзаконное государство можетъ существовать какъ монархія (царство, *βασιλεία*), какъ аристократія или какъ подзаконная демократія. Произвольное государство проявляется также—либо во власти одного, какъ тиранія, либо во власти немногихъ, какъ олигархія, либо во власти многихъ, какъ произвольная демократія. Подчиненіе законамъ объективнаго этоса есть добро; произвольное правленіе, не взирающее на эти законы, есть зло. Добро и зло проявляются съ тѣмъ большимъ напряженіемъ, чѣмъ болѣе у государства силы. Сила же государства, по ученію Платона, обратно пропорціональна количеству правящихъ. Принимая во вниманіе это послѣднее обстоятельство, Платонъ располагаетъ различаемые имъ образы государственнаго устройства въ слѣдующемъ порядкѣ по степени ихъ убывающаго совершенства: монархія, аристократія, подзаконная демократія, произвольная демократія, олигархія, тиранія.

Основныя положенія Платоновой классификаціи государствъ получили дальнѣйшее развитіе въ ученіи Аристотеля.

Прочно стоя на эмпирической почвѣ, Аристотель оставляетъ въ сторонѣ идеальное государство съ истиннымъ правителемъ и отправляется непосредственно отъ различія государства подзаконнаго и произвольнаго. Подзаконность заключается, какъ сказано было выше, въ подчиненіи властвующихъ правиламъ объективнаго этоса, произволъ — въ пренебреженіи этими правилами. Этическія правила это нормы поведенія людей, направляемаго къ достиженію общаго блага, т. е. блага всѣхъ; пренебреженіе этосомъ, или произволъ заключается въ преслѣдованіи людьми своихъ частныхъ благъ за счетъ общаго блага. Въ связи съ такимъ матеріальнымъ опредѣленіемъ формальныхъ категорій подзаконности и произвола Аристотель различаетъ государства, преслѣдующія об-

щее благо и благо однихъ правящихъ. Первыя онъ признаетъ правильными, вторыя — неправильными, или извращенными. Эти два основныхъ типа государствъ подвергаются дальнѣйшему подраздѣленію у Аристотеля, какъ и у Платона, по количеству правящихъ лицъ. Такимъ образомъ получаются три правильныхъ образа правленія, — монархія, аристократія, политія, — и три неправильныхъ, — тиранія, олигархія и демократія.

Количественный составъ правящихъ выставляется Аристотелемъ какъ наглядный внѣшній признакъ различія образовъ правленія. Но съ этой внѣшностью Аристотель соединяетъ опредѣленное внутреннее содержаніе соціальнаго, выражаясь современнымъ намъ языкомъ, характера. Такъ, сопоставляя демократію и олигархію, Аристотель говоритъ: указанное выше различіе между большинствомъ и меньшинствомъ само по себѣ не служитъ основаніемъ для различія между демократіей и олигархіей; различіе между ними заключается, собственно говоря, въ бѣдности и богатствѣ. Гдѣ граждане пользуются властью въ силу своего богатства, тамъ, не смотря на то, будетъ ли таковыхъ меньшинство или большинство, государственный строй представляетъ собою олигархію; гдѣ властвуютъ люди бѣдные, тамъ демократія; а что тѣхъ меньше, а этихъ больше, это не существенно; говорятъ о меньшинствѣ и большинствѣ потому, что богатствомъ обладаетъ обыкновенно только меньшинство, свобода же нужна всѣмъ безъ различія, — и богатымъ, и бѣднымъ. Кромѣ того, правленіе одного, меньшинства или большинства опредѣляется еще у Аристотеля различіемъ въ строеніи трехъ частей государственнаго устройства, — рѣшающей, начальственной и судебной,[1] т. е., выражаясь современными намъ терминами, въ строеніи органовъ законодательныхъ, административныхъ и судебныхъ. На послѣднемъ вопросѣ Аристотель останавливается подробно и этимъ путемъ выдѣляетъ подчиненные виды установленныхъ имъ основныхъ образовъ правленія.

Глубокая и проникновенная мысль Аристотеля объ опредѣляющемъ образъ правленія значеніи соціально-экономическаго положенія правящихъ осталась непонятой и потому неиспользованной въ послѣдующемъ примѣненіи его классификаціи государствъ. Точно также оставленъ былъ безъ вниманія и тонкій анализъ состава и строенія законодательныхъ, судебныхъ и административныхъ органовъ. Традиція довольствовалась наглядным признакомъ различія по количеству правящихъ лицъ.

Дальнѣйшее развитіе классификаціи государствъ принадлежитъ историку II вѣка до Р. Х., романизованному въ своихъ политическихъ воззрѣніяхъ, греку Полибію. Полибій отправляется отъ схемы Аристотеля и принимаетъ различаемые имъ правильные и извращенные образы правленія и ихъ виды, выдѣляемые по количеству правящихъ лицъ. При этомъ Полибій дѣлаетъ частичное измѣненіе въ терминологіи, именно, — называетъ политію демократіей и Аристотелеву демократію охлократіей. Такимъ образомъ у Полибія получаются три правильныхъ образа

[1] Аристотель различаетъ въ государствѣ три части государственнаго устройства (*τρία μορία τῆς πολιτείας*): 1) рѣшающую объ общихъ дѣлахъ (*τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν*), 2) начальственную (*τὸ περὶ τὰς ἀρχὰς*) и 3) творящую правосудіе (*τὸ δικάζον*).

правленія, — монархія, аристократія, демократія, и три извращенныхъ, — тиранія, олигархія, охлократія. Къ этимъ основнымъ видамъ Полибій прибавляетъ еще одинъ типъ государства, — смѣшанное государственное устройство, и въ этомъ заключается нововведеніе, внесенное Полибіемъ въ классификаціонную схему.

Ходъ мысли, приведшій къ выдѣленію смѣшаннаго государственнаго устройства въ особый образъ правленія, былъ у Полибія слѣдующій. По его мнѣнію, всѣ правильныя формы правленія имѣютъ естественную склонность къ извращенію, причиною чего является прирожденное людямъ и поощряемое наслѣдственностью господствующаго положенія въ извѣстномъ кругу стремленіе къ использованію власти для личныхъ цѣлей. Извращенные образы правленія становятся невыносимыми для подвластныхъ и ниспровергаются. Ихъ смѣняютъ правильные образы правленія, которые затѣмъ неминуемо извращаются, опять смѣняются правильными, и такъ далѣе безъ конца. Такимъ образомъ въ исторіи замѣчается непрерывное вращеніе формъ правленія въ нѣкоторомъ, какъ бы заколдованномъ, кругу. Первобытная монархія, являющая собою естественное «господство отваги и силы», съ ростомъ сознательности и нравственныхъ представленій переходитъ въ «царство разсудка» и становится правильной монархіей. Послѣдняя, превратившись въ наслѣдственную, открываетъ просторъ своекорыстію и пагубнымъ страстямъ властителей и извращается въ тиранію. На крушеніи тираніи, влекущемъ за собою паденіе единовластія вообще, созидается аристократія. Аристократія путемъ естественнаго вырожденія превращается въ олигархію. Низверженіе олигархіи угнетеннымъ большинствомъ приводитъ къ установленію демократіи. Демократія неизбѣжно извращается въ охлократію. Разнузданность черни губитъ охлократію и неудержимо толкаетъ государство къ тираніи, открывающей собою круговоротъ послѣдовательныхъ смѣнъ образовъ правленія въ указанномъ выше порядкѣ. Чтобы выйти изъ этого круговорота и установить прочный, обезпеченный отъ извращенія образъ правленія, необходимо искусственно и искусно парализовать естественное стремленіе людей къ злоупотребленію властью. Достигнуть этого можно путемъ такого сочетанія единовластія, правленія меньшинства и правленія большинства, при которомъ личные интересы взаимно обуздывали бы другъ друга, и такимъ образомъ обезпечивалось бы общее благо, и, слѣдовательно, форма правленія предохранялась бы отъ извращенія. Рѣшеніемъ поставленной задачи является смѣшанное государственное устройство, составленное изъ соединенія трехъ основныхъ и простыхъ элементовъ властвованія, — монархическаго, аристократическаго и демократическаго. Смѣшанное государственное устройство Полибій видѣлъ въ Спартѣ и главнымъ образомъ у римлянъ, которые достигли безупречной формы правленія не путемъ разсужденій, но многочисленными войнами и трудами, причемъ познавали полезное и усваивали себѣ его каждый разъ въ самыхъ превратностяхъ судьбы.

Римскіе консулы представляютъ собою монархическое начало, сенатъ — аристократическое, и комиціи — демократическое. Все государственное управленіе Рима разумно распредѣлено между этими тремя властями, кото-

рыя могутъ при желаніи или мѣшать одна другой, или оказывать взаимную поддержку и содѣйствіе. Хотя каждая власть имѣетъ полную возможность и вредить другой, и помогать, однако во всѣхъ положеніяхъ онѣ обнаруживаютъ подобающее единодушіе, и потому, говоритъ Полибій, нельзя было бы указать лучшее государственное устройство. Во время общей опасности необходимое единодушіе вызывается внѣшней угрозой. Во время мира и спокойствія, когда обычно развиваются необузданныя страсти и высокомѣріе, смѣшанное государственное устройство находитъ исцѣленіе въ самомъ себѣ. Ибо, говоритъ Полибій, еслибы какая либо власть возомнила о себѣ и присвоила бы себѣ неподобающее значеніе, между тѣмъ какъ согласно только что сказанному ни одна изъ властей не довлѣетъ себѣ и каждая изъ нихъ имѣетъ возможность мѣшать и противодѣйствовать замысламъ другихъ, то чрезмѣрное усиленіе одной изъ властей и превознесеніе надъ прочими оказались бы совершенно невозможными. Дѣйствительно, заключаетъ Полибій, все остается на своемъ мѣстѣ, такъ какъ порывы къ перемѣнамъ сдерживаются частью внѣшними мѣрами, частью исконнымъ опасеніемъ взаимнаго противодѣйствія среди трехъ властей.

Ученіе Полибія о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ принялъ Цицеронъ и положилъ его въ основу объясненія римской государственности.

Схема Аристотеля въ обработкѣ Полибія съ сдѣланнымъ имъ добавленіемъ смѣшаннаго государственнаго устройства стала классической схемой распредѣленія образовъ правленія, превратилась въ школьную традицію и въ основныхъ своихъ положеніяхъ удержалась въ научномъ обиходѣ вплоть до половины XVIII вѣка.

Противъ классической схемы дѣлались лишь частичныя возраженія. Нѣкоторые писатели отвергали извращенныя формы правленія, усматривая въ нихъ не особый видъ государственнаго устройства, а лишь особое моральное, точнѣе безнравственное, проявленіе одной и той же государственной власти. Болѣе существеннымъ было возраженіе противъ возможности существованія смѣшаннаго государственнаго устройства. Послѣднее находили несовмѣстимымъ съ принципомъ суверенитета. Такъ высказался Боденъ, творецъ ученія о суверенитетѣ; за нимъ послѣдовали многіе. Особенно рѣшительно настаивалъ на теоретическомъ отверженіи и извращенныхъ формъ правленія, и смѣшаннаго государственнаго устройства Гоббсъ. Смѣшанное государственное устройство противорѣчило, по его мнѣнію, провозглашенной имъ идеѣ государства, какъ единой личности, а по вопросу объ извращенныхъ формахъ правленія онъ иронически замѣчалъ, что всякій недовольный считаетъ существующее правленіе извращеннымъ.

Необходимо подчеркнуть, что въ классической схемѣ распредѣленіе образовъ правленія производилось по строенію власти и по степени обезпеченія блага цѣлаго общежитія, какъ такового, но не придавалось при этомъ существеннаго значенія личности и степени обезпеченія ея индивидуальныхъ благъ.

§ 39. РАСПРЕДѢЛЕНІЕ ГОСУДАРСТВЪ ПО СТЕПЕНИ ОБЕЗПЕЧЕНІЯ ЛИЧНОЙ СВОБОДЫ

Монтескье, О духѣ законовъ, русск. переводъ подъ ред. А. Г. Горнфельда съ вступит. статьей М. М. Ковалевскаго, 1900 г.; Ѳ. В. Тарановскій, Замѣтки о Монтескье, 1913 г. (Юридическ. Записки, изд. Демид. Юрид. Лицеемъ, 1913 г., кн. I).

Въ разныхъ частяхъ знаменитаго трактата Монтескье «О духѣ законовъ» данъ обильный и разносторонній теоретическій матеріалъ по вопросу о классификаціи государствъ. Матеріалъ этотъ сложенъ и представляетъ собою, съ одной стороны, воспріятіе съ нѣкоторыми видоизмѣненіями и углубленіе классической схемы распредѣленія государствъ, съ другой стороны, — созданіе самостоятельной схемы по новому классификаціонному признаку. Мы и познакомимся съ ученіемъ Монтескье въ этой именно послѣдовательности.

Въ начальныхъ (II и III) книгахъ трактата, спеціально посвященныхъ ученію о формахъ правленія, Монтескье различаетъ и распредѣляетъ послѣднія по двумъ классификаціоннымъ признакамъ, — по природѣ и по принципу.

Подъ природой правленія Монтескье разумѣетъ то, что именно дѣлаетъ правленіе таковымъ, т. е. самое строеніе власти. По природѣ различаются три формы правленія: республиканская, монархическая и деспотическая. Республиканское, это то правленіе, въ которомъ народъ въ полномъ составѣ или же часть народа обладаетъ властью. Монархическое — то правленіе, въ которомъ правитъ одно лицо, но на основаніи прочно установленныхъ законовъ. Деспотическое — то правленіе, въ которомъ одно лицо безъ всякихъ законовъ и какихъ либо общихъ правилъ опредѣляетъ все своимъ произволомъ и усмотрѣніемъ. Такъ какъ въ республиканскомъ правленіи власть можетъ принадлежать либо всему народу, либо нѣкоторой его части, то республиканское правленіе подраздѣляется на демократію и аристократію, которыя затѣмъ разсматриваются наряду съ монархіей и деспотіей, какъ особыя формы правленія.

Подъ принципомъ правленія Монтескье разумѣетъ то, что приводитъ правленіе въ дѣйствіе и движетъ имъ. Принципы находятся въ строгомъ соотвѣтствіи съ природой. Всякой формѣ правленія свойственъ особый принципъ. Монтескье разсматриваетъ принципы правленія различныхъ государственныхъ устройствъ, начиная съ демократіи. Принципомъ демократіи Монтескье считаетъ добродѣтель, причемъ имѣетъ въ виду не моральную, а политическую добродѣтель, опредѣляемую имъ какъ любовь къ отечеству и къ равенству. Въ демократіи власть является общимъ достояніемъ всѣхъ, поэтому властвованіе въ ней легко можетъ выродиться въ преслѣдованіе личныхъ выгодъ и въ средство уклоненія отъ несенія какихъ бы то ни было обязанностей въ пользу государства. Такое извращеніе демократіи въ анархію (безначаліе) предотвращается воспитаніемъ въ гражданахъ политической добродѣтели, каковою затѣмъ и опредѣляется осуществленіе актовъ властвованія. Принципъ аристократіи Монтескье полагаетъ въ умѣренности, основанной

на добродѣтели и отличаемой отъ той умѣренности, которая вытекаетъ изъ трусости и лѣности души. Аристократія — это правленіе меньшинства; правящее меньшинство оказывается привилегированнымъ; всякаго рода привилегіи и преимущества раздражаютъ народную массу и могутъ вызвать въ ней возмущеніе; поэтому для устойчивости аристократическаго правленія необходима умѣренность властвующаго меньшинства въ пользованіи своими привилегіями и преимуществами. Движущимъ принципомъ монархіи является честь. Честь Монтескье понимаетъ въ двоякомъ смыслѣ, — въ смыслѣ честолюбія и въ прямомъ смыслѣ чести, т. е. сознанія достоинства личности. Монархія создалась на развалинахъ феодализма. Сеньеры, изъ которыхъ каждый при феодальномъ строѣ былъ самостоятельнымъ владыкой въ своемъ домэнѣ, слились въ монархіи въ одно привилегированное дворянское сословіе, которое стало въ монархіи всего лишь посредствующею властью, своего рода промежуточнымъ протокомъ, чрезъ который власть государева изливается на всю массу населенія. Традиціи прежняго дробленія власти сохранились, и дворянство по старой памяти склонно тянуть въ сторону отъ единодержавной власти, проявлять центробѣжное стремленіе. Необходимо привить ему стремленіе къ центру, побудить его служить государеву и государственному дѣлу. Это достигается путемъ установленія различныхъ почестей за государеву службу и привлеченія этими почестями дворянъ къ политическому центру. Вотъ почему честолюбіе является необходимымъ движущимъ принципомъ монархическаго правленія. Умѣлое использованіе честолюбія придаетъ монархіи стройность и правильность на подобіе солнечной системы, которая зиждется на сочетаніи центростремительныхъ и центробѣжныхъ силъ. Наряду съ честолюбіемъ движущимъ принципомъ монархіи является и честь въ прямомъ смыслѣ этого слова, не общечеловѣческая честь, а честь сословная, дворянская. Сословная честь по существу есть тоже сознаніе достоинства человѣческой личности, но сознаніе, пока развившееся только въ предѣлахъ одного сословія, на верхахъ общества. Честь регулируетъ службу дворянъ и не позволяетъ имъ совершать даже по прямому приказу государя дѣйствія, явно противорѣчащія законамъ и нравственнымъ правиламъ, на которыхъ покоится монархическое правленіе. Такимъ образомъ, благодаря чести, посредствующая власть дворянства оказывается сдержкой, предохраняющей единоличную верховную власть монарха отъ извращенія въ произволъ. Въ деспотическомъ правленіи, всецѣло основанномъ на усмотрѣніи и произволѣ единоличнаго властителя, движущимъ принципомъ правленія является страхъ, такъ какъ только страхъ можетъ удержать населеніе въ повиновеніи произвольной власти и заставить проводить въ жизнь ея распоряженія.

Вглядѣвшись въ только что приведенное ученіе Монтескье о различіи формъ правленія по природѣ и принципу послѣдняго, мы замѣчаемъ въ этомъ ученіи прежде всего воспроизведеніе классической схемы тройственнаго дѣленія государствъ по количеству правящихъ лицъ. Такимъ воспроизведеніемъ оказываются различаемыя Монтескье монархія, аристократія и демократія. Воспроизводя классическое дѣленіе, Монтескье углубляетъ его установленіемъ соотвѣтственнаго различія движущихъ принциповъ правле-

нія. Далѣе мы замѣчаемъ въ ученіи Монтескье неполноту комплекта неправильныхъ формъ правленія: вмѣсто трехъ неправильныхъ формъ Монтескье знаетъ только одну, — деспотію, и не говоритъ ни объ олигархіи, ни объ охлократіи. Къ этому слѣдуетъ добавить, что деспотическое правленіе выставляется у Монтескье не какъ возможное извращеніе правленія монархическаго, а какъ совершенно особое государственное устройство, слагающееся подъ дѣйствіемъ совершенно особыхъ географическихъ и историческихъ условій. Подъ образомъ монархическаго правленія Монтескье разумѣетъ европейскую монархію, развившуюся изъ феодальнаго уклада и покоящуюся на сословномъ строѣ подчиненныхъ государственныхъ органовъ (см. выше, стр. 320). Съ образомъ деспотическаго правленія Монтескье соединяетъ представленіе объ автократіи востока, преимущественно Турціи, съ султаномъ въ качествѣ формальнаго носителя произвольной власти и съ великимъ визиремъ въ качествѣ фактическаго распорядителя произвольнаго правленія. Наконецъ, мы должны отмѣтить, что въ приведенномъ ученіи Монтескье обойдено молчаніемъ смѣшанное государственное устройство.

Неправильныя формы правленія и смѣшанное государственное устройство, для которыхъ не нашлось мѣста въ начальныхъ книгахъ Духа законовъ, спеціально посвященныхъ вопросу о формахъ правленія, появляются однако въ дальнѣйшихъ частяхъ (IX—XIII книгахъ) трактата, въ которыхъ Монтескье развиваетъ самостоятельное и новое ученіе о классификаціи государствъ. Къ изложенію этого ученія мы и переходимъ.

Сверхъ природы и принципа правленія существенно важнымъ для опредѣленія образа правленія моментовъ оказывается объектъ государства, или объектъ государственнаго устройства. Подъ объектомъ Монтескье разумѣетъ цѣль государства. У государствъ бывали и бываютъ различныя цѣли. Кромѣ конкретныхъ и преходящихъ цѣлей отдѣльныхъ государствъ, у государства, какъ такового, имѣются цѣли абстрактныя и непреходящія, присущія, такъ сказать, внутреннему смыслу всякой государственной организаціи. Въ качествѣ такихъ цѣлей Монтескье признаетъ стремленіе государства къ самосохраненію и стремленіе къ обезпеченію личной свободы. Можно сказать, что стремленіе къ самосохраненію является какъ бы подсознательнымъ инстинктомъ и потому свойственно всѣмъ государствамъ въ равной мѣрѣ и одинаковой степени. Напротивъ того, стремленіе къ свободѣ личности представляетъ собою цѣль, которую люди ставятъ предъ собою сознательно. Поэтому отношеніе государствъ къ свободѣ личности бываетъ различное въ зависимости отъ роста индивидуальнаго сознанія и воплощенія его въ учрежденіяхъ.

Хотя въ порядкѣ разсужденія Монтескье самосохраненіе государства стоитъ на первомъ мѣстѣ, а свобода личности на второмъ, тѣмъ не менѣе мы начнемъ изложеніе съ отношенія государствъ къ свободѣ личности, потому что именно этому отношенію принадлежитъ центральное мѣсто и главное значеніе въ самостоятельной классификаціонной схемѣ Монтескье, такъ что даже организація въ видахъ наиболѣе дѣйствительнаго самосохраненія оцѣнивается въ концѣ концовъ съ точки зрѣнія обезпеченія свободы личности.

Подобно тому, какъ Платонъ въ своемъ дѣленіи государствъ на подзаконныя и произвольныя отправлялся отъ идеальнаго государства, царства подлинной справедливости, такъ и Монтескье въ своемъ распредѣленіи образовъ правленія по степени обезпеченія свободы личности отправляется, если не отъ идеальнаго царства свободы, то во всякомъ случаѣ отъ наиболѣе совершеннаго на землѣ обезпеченія свободы индивида въ политической организаціи. «Есть», говоритъ Монтескье, «въ мірѣ народъ, прямымъ объектомъ, т. е. непосредственною цѣлью государственнаго устройства котораго является политическая свобода[1]. Обратимся къ разсмотрѣнію общихъ началъ, на которыхъ онъ утверждаетъ ее. Если они хороши, то свобода отразится въ нихъ какъ въ зеркалѣ». Этимъ единственнымъ въ мірѣ народомъ оказываются англичане; ихъ государственное устройство выдерживаетъ теоретическое испытаніе, которому подвергаетъ его Монтескье, и основныя начала англійскаго государственнаго строя признаются совершеннѣйшимъ реальнымъ обезпеченіемъ свободы личности.

Основу англійскаго государственнаго строя Монтескье усматриваетъ въ раздѣленіи властей, полное проведеніе котораго и даетъ совершеннѣйшее обезпеченіе личной свободы, о чемъ намъ уже приходилось говорить въ предшествующей главѣ (стр. 321—323). Полное раздѣленіе, или точнѣе разлученіе (séparation) властей достигается въ англійскомъ государственномъ строѣ, по мнѣнію Монтескье, слѣдующимъ образомъ. Судебная власть не предоставлена постоянному учрежденію, но осуществляется лицами, привлекаемыми въ опредѣленное время изъ народа для образованія суда, который длится лишь столько времени, пока въ немъ есть надобность. Подъ этимъ опредѣленіемъ имѣется въ виду судъ присяжныхъ (jury), который признается такимъ образомъ у Монтескье совершеннѣйшей формой выдѣленія и обособленія судебной власти. Законодательная власть принадлежитъ законодательному корпусу, состоящему изъ двухъ частей, — выборнаго собранія народныхъ представителей (палаты общинъ) и наслѣдственнаго собранія вельможъ (палаты лордовъ). Наконецъ, исполнительная (административная) власть находится въ рукахъ наслѣдственнаго монарха.

При раздѣленіи властей свобода вполнѣ обезпечивается, благодаря тому, что обособленныя власти сдерживаютъ другъ друга. Судебная власть удерживается отъ произвола властью законодательною: судебные приговоры должны быть ничѣмъ инымъ, какъ только точнымъ отраженіемъ смысла закона; если бы приговоры были лишь частнымъ мнѣніемъ судьи, то ни у кого не было бы увѣренности въ прочности своихъ правъ и обязанностей, и не было бы свободы. Произволъ исполнительной власти надъ личностью предотвращается принципіальнымъ устраненіемъ ея отъ отправленія суда. Самостоятельность монарха, какъ главы исполнительной власти, гарантируетъ отъ произвола, который водворился бы, если бы исполнительная власть была вручена нѣсколькимъ лицамъ, избраннымъ законодательнымъ

[1] Подъ политической свободой Монтескье разумѣлъ свободу индивидида отъ административнаго и судебнаго произвола. Въ настоящее время государственная наука относитъ эту свободу къ личной свободѣ гражданъ, или т. н. гражданской свободѣ, а подъ политической свободой разумѣетъ участіе гражданъ во власти.

корпусомъ изъ собственной среды. Законодательная власть наблюдаетъ за исполненіемъ законовъ, и этимъ устраняется произволъ исполнительной (административной) власти въ сферѣ ея дѣятельности. Право созывать и закрывать законодательное собраніе, а также право утверждать составленные имъ законы принадлежитъ исполнительной власти, которая такимъ образомъ сдерживаетъ законодательную власть. Если бы у исполнительной власти не было права сдерживать предпріятія власти законодательной, то послѣдняя стала бы произвольною, деспотическою: она могла бы захватить всю власть и уничтожить двѣ другія власти. Законодательная власть не должна однако сдерживать аналогичнымъ образомъ власть исполнительную, потому что исполнительная власть по природѣ своей ограничена закономъ и проявляется лишь въ преходящихъ дѣйствіяхъ. Законодательная власть должна имѣть только право наблюденія за тѣмъ, какъ исполняются законы. Надзирая въ этомъ смыслѣ за дѣйствіями исполнительной власти, законодательная власть отнюдь не можетъ судить личность монарха.

Сосредоточившись на мысли о взаимномъ сдерживаніи властей и увлеченный ею, Монтескье приходитъ въ концѣ концовъ къ такой конструкціи англійскаго государственнаго строя, которая уклоняется отъ исходной теоріи раздѣленія властей въ сторону иного соотношенія властвующихъ элементовъ.

Судебную власть, предоставленную лицамъ, извлекаемымъ изъ народа и обратно въ него возвращающимся, Монтескье признаетъ почти ничтожной (presque nulle). Констатировавъ въ самомъ началѣ обособленіе суда и подчиненіе его рѣшеній закону, Монтескье затѣмъ уже о немъ болѣе не вспоминаетъ, и весь вопросъ о сдерживаніи властей сводитъ къ взаимному сдерживанію только законодательной и исполнительной власти. Предусматриваются столкновенія между этими властями. Столкновенія необходимо предотвращать помощью нѣкотораго умѣряющаго дѣйствія. Подобная умѣряющая функція весьма свойственна, думаетъ Монтескье, той части законодательнаго корпуса, которая составлена изъ вельможъ. Изъ только что приведеннаго положенія явствуетъ, что двойственному составу законодательнаго корпуса придается существенное для государственнаго устройства значеніе, и что каждая изъ этихъ частей, — народное представительство и палата вельможъ, — выступаетъ въ качествѣ особой власти. Въ отношеніяхъ между народнымъ представительствомъ и исполнительною властью, т. е. монархомъ, умѣряющая и слѣдовательно сдерживающая функція принадлежитъ палатѣ вельможъ. Соотношеніе трехъ властей, — народнаго представительства, палаты вельможъ и монарха, — даетъ еще и другія сочетанія. Народное представительство и палата вельможъ взаимно сдерживаютъ другъ друга. Обѣ эти власти въ совокупности законодательнаго корпуса сдерживаются исполнительною властью. Послѣдняя въ свою очередь сдерживается законодательнымъ корпусомъ. Въ виду такой сложной системы сдержекъ, всѣ три власти, — народное представительство, палата вельможъ и монархъ, — должны бы явить образъ покоя или бездѣйствія. Но такъ какъ въ силу неизбѣжнаго хода вещей онѣ вынуждены дѣйствовать, то онѣ по необходимости будутъ дѣйствовать согласно.

Такимъ образомъ вся конструкція англійскаго государственнаго строя сводится въ концѣ концовъ къ системѣ взаимнаго уравновѣшиванія и

согласнаго дѣйствія трехъ властвующихъ силъ, — народнаго представительства, собранія вельможъ и монарха. Не трудно замѣтить, что такая конструкція совмѣщаетъ въ одномъ государственномъ строѣ «природу» трехъ формъ правленія, — демократіи, аристократіи и монархіи, — и слѣдовательно, оказывается ничѣмъ инымъ, какъ смѣшаннымъ государственнымъ устройствомъ, о которомъ нѣкогда говорилъ Полибій. Этотъ типъ государственности Полибій открылъ въ Римѣ, Монтескье вторично обрѣлъ его въ Англіи. Полибій видѣлъ въ смѣшанномъ государственномъ устройствѣ единственное средство, предохраняющее правленіе отъ извращенія; Монтескье усмотрѣлъ въ немъ наиболѣе совершенное обезпеченіе свободы личности отъ произвола власти.

Что существенное значеніе въ дѣлѣ обезпеченія личной свободы принадлежитъ не формальному разлученію законодательной, судебной и исполнительной властей, а распредѣленію властвованія между различными соціально-политическими элементами, это вполнѣ очевидно изъ отзыва, который даетъ Монтескье о Венеціанской республикѣ. «Въ Венеціи», говоритъ онъ, «большой совѣтъ обладаетъ законодательною властью, прегадія — исполнительною, а кварантія — судебною властью. Но зло заключается въ томъ, что всѣ эти трибуналы составлены изъ должностныхъ лицъ одного и того же сословія, вслѣдствіе чего всѣ они образуютъ одну и ту же власть», и въ результатѣ въ Венеціи нѣтъ свободы, и царитъ произволъ.

Само собою разумѣется, что признаніе того государственнаго строя, непосредственною цѣлью котораго служитъ свобода, смѣшаннымъ образомъ правленія, составленнымъ изъ соединенія монархическаго, аристократическаго и демократическаго элементовъ, является существенно важнымъ для всего ученія Монтескье о классификаціи государствъ, такъ какъ къ четыремъ первоначально установленнымъ формамъ правленія, — монархіи, аристократіи, демократіи, деспотіи, — прибавляется такимъ образомъ еще пятая, — смѣшанное государственное устройство. Однако, въ спеціальномъ ученіи о классификаціи государствъ по степени обезпеченія свободы личности, соотношеніе соціально-политическихъ элементовъ властвованія не принимается въ соображеніе, и руководящимъ началомъ этой спеціальной классификаціи остается одинъ лишь формальный признакъ раздѣленія властей.

Въ англійскомъ государственномъ строѣ, основанномъ на полномъ раздѣленіи трехъ властей, — законодательной, судебной и исполнительной — свобода отражается, какъ въ зеркалѣ. Такимъ образомъ устанавливается видъ правленія, который можно назвать свободнымъ.

Отдѣленіе судебной власти при сосредоточеніи двухъ другихъ властей въ рукахъ государя дѣлаетъ, говоритъ Монтескье, правленіе большинства европейскихъ монархій умѣреннымъ. Получается такимъ образомъ второй видъ правленія, которому самъ Монтескье даетъ имя умѣреннаго.

Наконецъ, Монтескье выдѣляетъ еще третій видъ правленія, въ которомъ всѣ три власти соединены нераздѣльно, и называетъ его деспотическимъ. Онъ относитъ къ этому виду турецкую деспотію и итальянскія республики, особенно венеціанскую. При

такомъ уравненіи Турціи и Венеціи ясно, что въ данномъ случаѣ вопросъ идетъ о деспотическомъ правленіи не съ точки зрѣнія природы и принципа правленія, а съ точки зрѣнія отношенія правленія къ свободѣ, какъ объекту государственнаго устройства. Нераздѣльное соединеніе трехъ властей ведетъ къ полному уничтоженію, точнѣе къ полной необезпеченности личной свободы и въ этомъ смыслѣ къ деспотическому правленію.

Три образа правленія, различаемые по степени обезпеченія свободы личности не выступаютъ въ ученіи Монтескье въ качествѣ видовъ неподвижныхъ и, такъ сказать, предустановленныхъ. Они подлежатъ дальнѣйшимъ видоизмѣненіямъ въ силу возможности различнаго конкретнаго проявленія начала раздѣленія властей. Относительно европейскихъ монархій Монтескье прямо говоритъ, что три власти не раздѣлены въ нихъ по образу англійскаго государственнаго строя и не слиты; каждая изъ нихъ имѣетъ свое особое распредѣленіе властей, сообразно которому онѣ болѣе или менѣе приближаются къ свободѣ; если бы онѣ къ ней не приближались, то выродились бы въ деспотизмъ. Подобное же своеобразіе въ распредѣленіи властей и различное приближеніе къ свободѣ устанавливается у Монтескье и для республикъ. Вслѣдствіе этого классификація по объекту свободы даетъ возможность расположить государства по іерархической лѣстницѣ, построенной по степени убывающей свободы, — отъ Англіи до Турціи.

Классификація по степени обезпеченія свободы личности не параллельна классификаціи по природѣ и принципу правленія, но пересѣкается и сочетается съ нею, въ результатѣ чего получается увеличеніе общаго числа классификаціонныхъ видовъ. Аристократіи и демократіи различаются свободныя и деспотическія, о чемъ прямо говорится у Монтескье. Такъ какъ, однако, въ республикахъ бываетъ и иное, кромѣ раздѣленія и нераздѣльности, распредѣленіе властей, то слѣдуетъ признать, что Монтескье допускаетъ существованіе и умѣренныхъ республикъ. Такимъ образомъ оказывается, что общіе классификаціонные виды аристократіи и демократіи, благодаря новому классификаціонному признаку по различному отношенію къ объекту свободы, утраиваются. Что же касается монархіи, то она удваивается, такъ какъ можетъ быть либо умѣренной, либо вырождающейся въ деспотизмъ. Монархія съ полнымъ раздѣленіемъ властей и, слѣдовательно, свободная перестаетъ быть простымъ монархическимъ правленіемъ и выступаетъ въ Англіи въ видѣ смѣшаннаго государственнаго устройства, въ которомъ монархической власти приходится сочетаться съ элементами аристократіи и демократіи. Слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что Монтескье нигдѣ въ своемъ трактатѣ не упоминаетъ expressim о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ и въ конструкціи англійскаго государственнаго строя ограничивается формальнымъ признакомъ раздѣленія властей. Въ соотвѣтствіи съ этимъ англійскій государственный строй можетъ быть признанъ и за третій видъ монархіи, именно, — за монархію свободную по объекту и конституціонную монархію по природѣ правленія. Вѣдь не даромъ Монтескье говоритъ нарочито объ англійской конституціи (constitution d'Angleterre, какъ гласитъ заглавіе 6-ой главы XI-ой книги произ-

веденія Монтескье). Установленіе приведеннаго третьяго вида монархическаго правленія отвѣчаетъ позднѣйшему (послѣ Монтескье) ходу политическаго развитія Европы, который какъ разъ выдвинулъ конституціонную монархію какъ основной и главный типъ монархическаго правленія въ Европѣ. Правленіе деспотическое по природѣ и принципу является деспотическимъ и съ точки зрѣнія объекта. Такова Турція, приводимая у Монтескье въ качествѣ образца деспотическаго правленія и въ первой, и во второй классификаціонной схемѣ. Это — деспотія въ квадратѣ, если такъ можно выразиться, азіатская деспотія. Она стоитъ одиноко въ качествѣ самостоятельнаго классификаціоннаго вида. Упомянутая выше деспотическая монархія, или европейская деспотія отличается отъ деспотіи азіатской. Азіатская деспотія есть деспотія и по природѣ, и по принципу, и по объекту, и въ силу свойствъ природы своей и принципа не можетъ быть умѣреннымъ правленіемъ. Европейская деспотія является деспотіей только по объекту вслѣдствіе извращенія цѣли; природа же ея и принципъ остаются монархическими, такъ что въ ней сохраняется возможность (потенція) возврата на путь умѣреннаго правленія.

То обстоятельство, что европейскій деспотизмъ выставляется у Монтескье какъ извращеніе умѣренной монархіи, наводитъ на мысль о томъ, что вообще Монтескье склоненъ былъ разсматривать деспотическое съ точки зрѣнія объекта государственнаго устройства правленіе, какъ правленіе извращенное. Слѣдовательно, теперь мы въ правѣ сказать (см. выше, стр. 332), что классическая мысль о выдѣленіи особаго вида неправильныхъ образовъ правленія имѣется и у Монтескье въ полномъ объемѣ, только правильность и неправильность опредѣляются у него не по отношенію къ общему благу, а по отношенію къ свободѣ личности.

Подробно изложивъ, какъ отражается на классификаціи государствъ отношеніе ихъ къ свободѣ личности, перейдемъ къ другому общему объекту государственнаго устройства, именно, — къ стремленію государства къ самосохраненію, и посмотримъ, какія новыя развѣтвленія классификаціонной схемы получаются подъ вліяніемъ этого объекта.

Стремленіе государства къ самосохраненію призываетъ къ жизни военную силу. Тотъ или другой способъ организаціи послѣдней и различное ея отношеніе къ тремъ властямъ (законодательной, исполнительной и судебной) отражается на всемъ государственномъ устройствѣ и производитъ въ немъ существенныя видоизмѣненія.

При полномъ раздѣленіи властей, т. е. въ правленіи свободномъ, законодательная власть рискуетъ потерять свою свободу, говоритъ Монтескье, если она будетъ устанавливать сухопутныя и морскія силы не изъ года въ годъ, но безсрочно, навсегда. Самое существованіе военной силы въ свободномъ правленіи поставлено въ зависимость отъ ежегоднаго вотированія законодательнымъ корпусомъ такъ же, какъ и существованіе финансовыхъ средствъ государства, образуемыхъ путемъ взиманія налоговъ. Этимъ однако исчерпывается прямое отношеніе законодательной власти къ военной силѣ. Разъ армія установлена, то въ дальнѣйшемъ она зависитъ непосредственно не отъ законодательной власти, а отъ исполнительной, которой она ввѣряется законодательнымъ корпусомъ. Какъ только армія будетъ зависѣть отъ законодательнаго собранія, правленіе станетъ военнымъ. Если,

въ случаѣ прямого управленія арміей со стороны законодательнаго корпуса, какія нибудь особенныя обстоятельства и воспрепятствуютъ водворенію военнаго правленія, то все же скажутся другія неудобства такого положенія вещей, и неминуемо произойдетъ одно изъ двухъ: либо армія разрушитъ правительство, либо правительство ослабитъ армію.

Въ азіатской деспотіи, являющейся по отношенію къ свободному правленію смѣшаннаго государственнаго устройства противоположнымъ полюсомъ, военное правленіе представляетъ собою порядокъ вещей почти неизбѣжный. Вызывается это тѣмъ, что въ громадныхъ по пространству деспотіяхъ армія, расположенная въ провинціяхъ, оказывается недостаточной для охраны существующаго строя, и потому возлѣ деспотическаго государя долженъ находиться постоянный военный корпусъ, особо ему преданный, всегда готовый къ подавленію возможнаго возстанія и предназначенный къ тому, чтобы сдерживать остальныя части арміи.

Въ умѣренныхъ монархіяхъ непосредственное командованіе арміей принадлежитъ государю, слѣдовательно, находится въ тѣхъ же рукахъ, что и власти законодательная и исполнительная. Однако, такое соединеніе вѣданія военной силой съ законодательствомъ и управленіемъ не превращаетъ умѣренныхъ монархій въ правленіе военное въ специфическомъ смыслѣ этого слова. Несомнѣнно, что и по вопросу о положеніи военной силы въ государствѣ слѣдуетъ предполагать для умѣренныхъ монархій то своеобразное распредѣленіе (distribution) властей, которое, хотя и не совпадаетъ съ ихъ раздѣленіемъ, точнѣе — разлученіемъ (séparation), все же къ нему приближается и предупреждаетъ извращеніе умѣреннаго правленія въ деспотизмъ. Каково это распредѣленіе, Монтескье не говоритъ, предоставляя читателю восполнить недомолвки собственнымъ размышленіемъ и даже требуя отъ него такой самодѣятельности. Слѣдуя указанію и требованію автора, скажемъ, что умѣренность правленія обезпечивалась въ извѣстныхъ Монтескье европейскихъ монархіяхъ отдѣленіемъ военной власти отъ гражданской въ устройствѣ и въ дѣятельности подчиненныхъ государственныхъ органовъ.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что военное правленіе выдѣляется у Монтескье какъ особый видъ государственнаго устройства, несовмѣстимый ни съ раздѣленіемъ властей, ни съ приближающимся къ нему ихъ распредѣленіемъ, и потому противопоставляемый какъ свободному правленію, такъ и умѣренному. Военное правленіе оказывается совмѣстимымъ, повидимому, только съ деспотическимъ правленіемъ.

До сихъ поръ мы не сказали ни слова о значеніи военной организаціи для республиканскаго правленія. Сдѣлали мы это потому, что указанный вопросъ обсуждается у Монтескье въ связи съ другимъ вопросомъ, именно, съ вопросомъ о вліяніи стремленія государства къ самосохраненію на образованіе соединеній государствъ, или сложныхъ государствъ, выражаясь въ терминахъ современной намъ государственной науки.

Сложныя государственныя образованія создаются, по ученію Монтескье, подъ вліяніемъ стремленія къ увеличенію оборонительной силы и къ обезпеченію помощью ея политическаго самосохраненія. Подъ дѣйствіемъ одной и той же движущей причины образованіе сложныхъ политическихъ орга-

низацій идетъ однако двумя путями: путемъ соединенія мелкихъ государствъ и разъединенія крупныхъ. Первый путь свойственъ республикамъ, второй — деспотическимъ государствамъ, такъ какъ, въ силу необходимаго отношенія между образомъ правленія и величиной территоріи, республики устанавливаются на небольшихъ территоріяхъ, а деспотіи на крупныхъ (см. выше, стр. 277). Каждый изъ указанныхъ путей порождаетъ особую форму сложнаго государства: первый — федерацію, второй — феодальное государство.

Если республика мала, говоритъ Монтескье, ее разрушаетъ внѣшняя сила; если она велика, она сама разрушается въ силу внутренняго порока. Этимъ двойнымъ неудобствомъ заражены одинаково и демократіи, и аристократіи независимо отъ того, хороши ли онѣ или плохи. Зло лежитъ въ самомъ существѣ вещи, и нѣтъ никакого способа помочь ему. Весьма поэтому вѣроятно, что люди въ концѣ концовъ были бы вынуждены жить всегда подъ единовластіемъ, еслибы они не изобрѣли особаго государственнаго строя, который обладаетъ всѣми внутренними преимуществами республиканскаго правленія и внѣшней силой правленія монархическаго. Такимъ строемъ оказывается федеративная республика. Эта форма правленія представляетъ собою соглашеніе, помощью котораго нѣсколько государствъ становятся гражданами одного болѣе крупнаго государства. Послѣднее путемъ привхожденія новыхъ участниковъ можетъ расширяться до тѣхъ поръ, пока могущества его будетъ хватать для обезпеченія безопасности соединившихся членовъ.

Деспотическое государство, на большомъ пространствѣ котораго трудно удержать могучую военную силу въ прямомъ подчиненіи единой правящей волѣ, сохраняетъ себя помощью особаго вида разъединенія, которое производится путемъ раздачи отдаленныхъ провинцій особымъ государямъ на ленномъ правѣ.

Монархіи, какъ государства средней величины (см. выше, стр. 277, наиболѣе могущественны въ военномъ отношеніи и потому наиболѣе обезпечены въ смыслѣ самосохраненія. Очевидно, вслѣдствіе этого Монтескье не устанавливаетъ для монархій особой формы сложнаго государственнаго образованія. Ссылаясь на примѣръ хананеянъ, онъ высказываетъ даже общую мысль, что конфедерація не лежитъ въ природѣ даже маленькихъ монархій. Правда, замѣчаетъ Монтескье, федеративная республика Германіи (т. е. Священная Римская имперія нѣмецкой націи) составлена изъ свободныхъ городовъ и маленькихъ монархій, но именно вслѣдствіе такого разнороднаго состава она является, по мнѣнію Монтескье, несовершенной формой государственнаго соединенія; если она въ общемъ держится, то развѣ лишь только потому, что у нея есть глава, который является въ одно и то же время и въ нѣкоторомъ родѣ должностнымъ лицомъ союза, и въ нѣкоторомъ родѣ монархомъ. Такая характеристика Священной Римской имперіи нѣмецкой націи содержитъ въ себѣ намекъ на возможность федеративной монархіи, какъ особаго образа правленія.

Сводя во едино все изложенное о значеніи объекта (цѣли) государственнаго устройства въ качествѣ особаго критерія для классификаціи государствъ у Монтескье, мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы. Оба общихъ

объекта, — и свобода личности, и самосохраненіе государства, — положены у Монтескье въ основу различія образовъ правленія. По степени обезпеченія личной свободы различаются правленія: свободныя, умѣренныя и деспотическія, между которыми допускается рядъ переходныхъ ступеней. Въ отношеніи къ оборонительной силѣ государства выдѣляется особый видъ военнаго правленія, противополагаемый нормальному правленію гражданскому, и устанавливается на ряду съ простыми государствами особая категорія государствъ сложныхъ; въ предѣлахъ послѣдней Монтескье различаетъ государства федеративныя и феодальныя. Указаніе на совмѣстимость чисто военнаго правленія только съ деспотіей, а также выдвигаемое на первый планъ признаніе федераціи средствомъ совмѣстить республиканское правленіе съ крупной территоріей, которой по общему правилу свойственно правленіе деспотическое, — оба эти факта свидѣтельствуютъ о томъ, что и образы правленія, выдѣляемые по отношенію къ оборонительной силѣ государства оцѣниваются и характеризуются въ концѣ концовъ съ точки зрѣнія обезпеченія свободы личности. Классификація по объекту государственнаго устройства пересѣкается и сочетается съ классификаціей по природѣ и по принципу правленія. Такимъ образомъ общая классификаціонная система усложняется, и создаются комбинированные классификаціонные ряды образовъ правленія.

Выдѣленіе особой классификаціонной группы сложныхъ государственныхъ образованій прошло почти незамѣченнымъ и для современниковъ Монтескье, и для ближайшихъ къ нему послѣдующихъ поколѣній ученыхъ, которые не интересовались вопросомъ о соединеніяхъ государствъ. Монтескье проявилъ однако большую прозорливость, выдвинувъ вопросъ, которому суждено было пріобрѣсти съ половины XIX вѣка животрепещущій интересъ практическаго и теоретическаго характера (см. выше, стр. 289—290). Распредѣленіе образовъ правленія по степени обезпеченія личной свободы несравненно болѣе соотвѣтствовало духу времени, когда господствовала надъ умами индивидуалистическая концепція государства. Ученіе Монтескье получило упрощенную формулировку въ классификаціонной схемѣ Канта и въ такомъ упрощенномъ видѣ стало популярнымъ въ государствовѣдѣніи.

Кантъ (въ сочиненіи Zum ewigen Frieden, 1795 г.) различаетъ форму властвованій (forma imperii) и форму правленія (forma regiminis). Первая опредѣляется по различію лицъ, которымъ принадлежитъ власть; вторая по характеру управленія въ отношеніи его къ индивидуальной свободѣ. Различіе по формѣ властвованія приводитъ къ традиціонному тройственному дѣленію государствъ на демократію, аристократію и монархію, которую Кантъ называетъ автократіей. Формы правленія Кантъ различаетъ двѣ: республиканскую и деспотическую. Республиканская форма существуетъ, по мнѣнію Канта, тамъ, гдѣ законодательная власть отдѣлена отъ исполнительной и ввѣрена народному представительству. Только такое устройство обезпечиваетъ индивидуальную свободу и равенство всѣхъ гражданъ передъ закономъ. Деспотизмъ существуетъ, по мнѣнію Канта, повсюду, гдѣ законодательство и исполнительная власть соединены въ рукахъ одного лица или учрежденія, и гдѣ нѣтъ правильно организованнаго народнаго представительства.

§ 40. РАСПРЕДѢЛЕНІЕ ГОСУДАРСТВЪ ПО РАЗЛИЧІЮ КУЛЬТУРНАГО РАЗВИТІЯ И СТРОЕНІЯ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ ЭЛЕМЕНТОВЪ

Robert von Mohl, Encyklopädie der Staatswissenschaften, 1859, 2. Aufl., 1872; русскій переводъ 1868; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, X. Kapitel (русскій переводъ 2-го изд. 1908 г.); Gustav Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 82—158.

Переходя къ той системѣ классификаціи государствъ, которая соотвѣтствуетъ соціальной концепціи государства (см. выше, стр. 325), необходимо отмѣтить, что измѣненіе прежнихъ классификаціонныхъ ученій и образованіе новой системы сложились подъ вліяніемъ двухъ новыхъ явленій научнаго сознанія, окончательно обнаружившихся къ серединѣ XIX столѣтія. Мы разумѣемъ здѣсь, съ одной стороны, проникновеніе въ науки о правѣ и государствѣ эволюціонной точки зрѣнія (см. § 29), съ другой стороны, — развитіе ученія объ обществѣ (см. выше, § 35), какъ элементѣ общежитія, противополагаемомъ политической организаціи и представляющемъ ея основу (см. выше, стр. 301).

Теорія эволюціи и соціальная концепція государства неразрывно связаны въ ходѣ развитія научной мысли и должны были въ своей совокупности внести существенныя измѣненія, можно даже сказать, вызвать переворотъ въ классификаціи государствъ. Чтобы понять, въ чемъ заключался этотъ переворотъ, разберемъ для примѣра значеніе одного изъ классификаціонныхъ видовъ, — демократіи. Слѣдуя традиціи классической схемы и учитывая одну лишь политическую сторону общежитія, говорили одинаково о демократіи Аѳинъ, и о демократіи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, и о демократіи французской республики въ революціонную эпоху. Если обратить вниманіе на строеніе общества въ этихъ государствахъ, то окажется, что первое изъ нихъ основывалось на рабствѣ, а два другихъ не знаютъ уже рабства. Слѣдовательно, при одинаковости формальнаго образа правленія мы имѣемъ по существу совершенно различные виды государственности, стоящіе на разныхъ ступеняхъ соціальной эволюціи и вслѣдствіе этого, строго говоря, даже едва ли соизмѣримые другъ съ другомъ.

Въ зависимости отъ экономическаго и духовнаго развитія общества измѣняются, эволюціонируютъ тѣ задачи, которыя возлагаются на государство, измѣняются и проявленія государственной власти (см. § 36). Поэтому монархія какого либо народнаго государства, какихъ либо древнегерманскихъ или древнеславянскихъ княжествъ, и монархія эпохи просвѣщеннаго абсолютизма далеко не одно и то же; это различные виды государственной организаціи.

Наконецъ, различные образы правленія не пребываютъ въ состояніи покоя, переходятъ одинъ въ другой, оказываются, слѣдовательно, не неизмѣнными, неподвижными, а измѣняющимися, эволюціонными видами государственной организаціи.

Мысль объ измѣнчивости образовъ правленія существовала давно, даже въ классической схемѣ, но понималась тамъ не какъ соціально-политическая эволюція, а какъ извращеніе первоначальнаго образа правленія, ко-

торое приводило у Полибія къ заколдованному круговороту. Смѣшанное государственное устройство разсматривалось при этомъ и высоко цѣнилось какъ установленіе неподвижнаго образа правленія.

У Монтескье измѣненіе природы и главнымъ образомъ принципа правленія разсматривается тоже съ точки зрѣнія извращенія. Въ качествѣ безусловно неподвижнаго образа правленія характеризуется у него азіатская деспотія. Черты неподвижности свойственны у него несомнѣнно и англійскому государственному строю, въ которомъ осуществляется равновѣсіе трехъ властей, и этимъ путемъ достигается совершеннѣйшее обезпеченіе личной свободы. Наряду съ этимъ, впрочемъ, мы замѣчаемъ у Монтескье и зарожденіе мысли объ исторической преемственности образовъ правленія, въ духѣ которой онъ выводилъ англійскій государственный строй изъ «лѣсовъ Германіи», изъ древняго германскаго народоправства (см. выше, стр. 241). Само собою разумѣется однако, что это только зародышъ идеи развитія, и что упроченіе взгляда на различные образы правленія какъ на эволюціонные виды государственнаго устройства стало возможнымъ только во второй половинѣ XIX столѣтія.

Первую попытку классификаціи государствъ на началахъ эволюціонной и соціальной теоріи государства мы находимъ у Роберта Моля въ его «Энциклопедіи государственныхъ наукъ». На ней мы и остановимся въ видахъ ознакомленія съ общимъ духомъ новой постановки вопроса.

Моль согласенъ, что различіе государствъ опредѣляется строеніемъ въ нихъ власти, но при этомъ утверждаетъ, что болѣе важнымъ представляется различіе тѣхъ задачъ, которыя возлагаются на государственную власть, такъ какъ задачи эти опредѣляются міросозерцаніемъ народовъ, обусловленнымъ ихъ соціальнымъ строеніемъ и культурнымъ состояніемъ. Вслѣдствіе этого выдѣленіе основныхъ видовъ государствъ должно производиться, по мнѣнію Моля, на основаніи различія задачъ государственной власти, а различное строеніе власти можетъ служить основаніемъ лишь для установленія дальнѣйшихъ подраздѣленій главныхъ классификаціонныхъ группъ. Исходя изъ такихъ основныхъ положеній, Моль различаетъ шесть культурно-историческихъ группъ государствъ: 1) патріархальныя государства, 2) теократіи, 3) патримоніальныя государства, 4) классическія государства (государства классической древности), 5) правовыя государства, и 6) деспотіи.

Патріархальное устройство существуетъ, по мнѣнію Моля, совершенно естественно тамъ, гдѣ народъ еще не вышелъ изъ первобытной племенной жизни, гдѣ нѣтъ еще сложнаго расчлененія (дифференціаціи) общества и развитыхъ экономическихъ отношеній, гдѣ, наконецъ, слабо еще развито и религіозное сознаніе. Въ основѣ патріархальнаго правленія лежитъ кровная связь и подчиненіе власти старшихъ въ родѣ. Верховная власть принадлежитъ главѣ государства, наслѣдственному или даже выборному въ старѣйшемъ родѣ. При немъ могутъ состоять совѣты старѣйшинъ, и иногда могутъ быть даже созываемы народныя собранія. Правительственныя функціи главы государства исчерпываются двумя основными задачами: предводительствомъ на войнѣ и отправленіемъ несложнаго суда по началамъ родового обычая.

Теократія существуетъ тамъ, гдѣ вся жизнь народа опредѣляется вѣрою въ то, что божество непосредственно руководитъ жизнью людей

и чрезъ избранниковъ своихъ устраиваетъ и направляетъ государственный порядокъ. Теократіи различаются чистыя, или нераздѣльныя, и смѣшанныя, или дуалистическія. Въ чистой теократіи власть и непосредственное управленіе находятся въ рукахъ духовенства, являющагося прямымъ провозвѣстникомъ божественной воли; во главѣ ея стоитъ одно лицо, которое почитается либо воплощеніемъ божества на землѣ, либо его намѣстникомъ. Въ дуалистической теократіи наряду съ духовнымъ главой имѣется и свѣтскій глава государства, который въ той или другой степени, но все же подчиненъ главѣ духовному.

Патримоніальное государство зиждется на крупной поземельной собственности. Оно поддерживается такимъ воззрѣніемъ на жизнь, которое ставитъ на первый планъ собственность, стяжаніе и ихъ юридическое обезпеченіе, не порождая болѣе высокихъ культурныхъ потребностей. Подъ защитой патримоніальнаго порядка, представляющаго собою сравнительно съ порядкомъ патріархальнымъ высшую ступень развитія, развиваются земледѣліе и ремесла, но не удовлетворяются высшіе духовные запросы, а также не находятъ себѣ покровительства и такіе матеріальные интересы, для обезпеченія которыхъ необходимы сложныя и дорого стоящія учрежденія. Правленіе въ патримоніальныхъ государствахъ сводится, строго говоря, къ попеченію о собственныхъ дѣлахъ властителя, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ и расходы по управленію покрываются изъ его собственныхъ средствъ. Попеченіе объ общихъ дѣлахъ устанавливается здѣсь лишь путемъ заключенія особыхъ договоровъ. Возникающія такимъ образомъ частноправовыя обязательства главы патримоніальнаго государства необходимо должны восполняться сознаніемъ нравственнаго и религіознаго долга его по отношенію къ людямъ, отдавшимся подъ его защиту и покровительство. Ограниченность защиты, получаемой отъ патримоніальнаго правительства, призываетъ къ жизни различныя общественныя организаціи, которыя собственными усиліями стремятся къ достиженію болѣе широкихъ жизненныхъ цѣлей. Такъ какъ всѣ публичныя отношенія опредѣляются въ патримоніальномъ государствѣ частнымъ правомъ, то участіе подданныхъ во власти не имѣетъ здѣсь значенія общегосударственнаго народнаго представительства, но лишь значеніе спеціальнаго представительства мѣстныхъ, сословныхъ и даже личныхъ нуждъ и интересовъ. Различаются три формы патримоніальнаго государства: вотчинное государство, средоточіемъ котораго является большая княжеская земельная собственность; военная ленная (феодальная) монархія, въ которой завоеватель дѣлитъ землю между своими дружинниками подъ условіемъ взаимной вооруженной защиты; и, наконецъ, владѣтельная городская община, дающая защиту подчинившимся ей мѣстностямъ и повелѣвающая ими. Правленіе городской общины можетъ облекаться въ любую форму демократіи или аристократіи, но патримоніальная сущность ея остается при этомъ неизмѣнной.

Въ основѣ классическаго государства (государствъ классической древности) лежитъ возможно полное общеніе жизни, въ которомъ и отдѣльная личность находитъ себѣ удовлетвореніе, но которымъ она вполнѣ поглощается. Цѣль этого общенія и опредѣляемое ею направленіе государственной жизни бывали различныя, смотря по культурѣ и

внѣшнему положенію народа; такою цѣлью бывали война и господство, наука и искусство, промышленность и торговля. Въ классическомъ государствѣ различались три формы правленія: демократія, аристократія и монархія. Первая изъ нихъ представляетъ наиболѣе свойственную классическому государству, третья — менѣе всего ему соотвѣтствующую форму правленія. Аристократія совмѣстима съ руководящей идеей классическаго государства лишь при помощи искусственнаго пониманія «лучшихъ людей» (ἄριστοι) и сложнаго, строго обдуманнаго правительственнаго аппарата.

Правовое государство (Rechtsstaat) слагается, по мнѣнію Моля, на почвѣ трезваго раціонализма, или выражаясь точнѣе, на почвѣ яснаго и расчетливаго разсудочнаго взгляда на жизнь. Въ основѣ его лежитъ свобода личности, стремящейся къ возможно всесторонней жизни, къ жизни всѣмъ своимъ существомъ. Задача государства здѣсь двоякая: во-первыхъ, охрана правового порядка, какъ необходимаго обезпеченія личной свободы, во-вторыхъ, покровительство разумнымъ человѣческимъ цѣлямъ и содѣйствіе имъ постольку, поскольку для достиженія ихъ оказываются недостаточными силы и средства индивидовъ и меньшихъ, чѣмъ государство, союзовъ. Въ виду указанной двойственности государственной задачи названіе «правовое государство», въ сущности говоря, не полно (сравн. выше, стр. 314 и 317), но Моль удерживаетъ его въ виду широкой его распространенности и во избѣжаніе недоразумѣній по вопросу о правовомъ обезпеченіи индивидуальной свободы. Правовое государство представляетъ, по мнѣнію Моля, великій успѣхъ въ развитіи человѣчества и именно потому, что въ немъ соединяется свободное самоопредѣленіе личности съ мощнымъ содѣйствіемъ со стороны государства развитію всѣхъ способностей и силъ, которыми надѣленъ человѣкъ. Государственная власть въ правовомъ государствѣ обладаетъ слѣдующими правами: 1) она требуетъ повиновенія себѣ, сообразнаго съ государственнымъ устройствомъ и одинаковаго отъ всѣхъ гражданъ, разсматриваемыхъ какъ въ качествѣ отдѣльныхъ лицъ, такъ и въ качествѣ членовъ корпорацій и общественныхъ союзовъ; 2) она имѣетъ полномочіе принимать всѣ мѣры, необходимыя для достиженія государственной цѣли; 3) когда къ ней обращаются за содѣйствіемъ, она сама рѣшаетъ вопросъ о томъ, представляется ли въ заявленныхъ требованіяхъ интересъ настолько важный и общій, что можетъ быть оправдано приложеніе къ данному случаю общей государственной силы. Не только носители власти, но и граждане надѣляются въ правовомъ государствѣ публичными правами. Права гражданъ сводятся къ обезпеченію ихъ притязаній на личную свободу и равенство всѣхъ передъ закономъ, причемъ равенство простирается какъ на положеніе личности въ частноправовомъ оборотѣ, такъ и на участіе ея во власти. Правовое государство допускаетъ три главныхъ вида устройства: демократію, аристократію и монархію. Каждый изъ этихъ видовъ подлежитъ еще дальнѣйшему подраздѣленію. Демократія можетъ быть чистая (или непосредственная, съ непосредственнымъ собраніемъ всего народа, — вѣчемъ, сходкою) и представительная (съ собраніемъ выборныхъ представителей народа). Аристократія можетъ основываться либо на происхожденіи

правящаго класса, либо на обладаніи имуществомъ извѣстнаго рода и опредѣленнаго размѣра, т. е. либо на сословномъ, либо на имущественномъ цензѣ. Монархія различается неограниченная, когда вся полнота власти сосредоточена въ рукахъ государя, сословная, когда къ участію во власти привлечены сословія, и представительная, когда къ участію во власти привлечены представители народа, какъ цѣлаго.

Деспотія представляетъ собою, по опредѣленію Моля, такой видъ государства, въ которомъ вся полнота власти находится въ рукахъ одного лица, и власть не преслѣдуетъ никакой иной задачи кромѣ той, которая намѣчается произволомъ властителя.

Приводя классификацію Моля, мы отнюдь не имѣемъ въ виду выставлять ее въ качествѣ единственно правильной и изчерпывающей. Многое въ ней вызываетъ большія сомнѣнія, нпр., ученіе Моля о классическомъ государствѣ, въ которое плохо укладывается государственное устройство Рима въ разныя эпохи его исторіи, выведеніе Молемъ феодальной монархіи изъ завоеванія и раздѣла земли между дружинниками-завоевателями, что опровергнуто документальными историческими изслѣдованіями, стереотипное опредѣленіе деспотіи, и еще многое другое. Для насъ важно ученіе Моля какъ первая попытка новой классификаціи примѣнительно къ эволюціонной и соціальной точкѣ зрѣнія на государство. Новая точка зрѣнія обнаруживается въ ней съ достаточной наглядностью, и классификаціонные виды выступаютъ вполнѣ отчетливо, какъ виды эволюціонные. Неполнота и ошибки въ подробностяхъ указывались и восполнялись въ цѣломъ рядѣ послѣдующихъ классификаціонныхъ попытокъ. Изъ нихъ заслуживала бы особаго вниманія попытка Іеллинека, который полагалъ въ основу классификаціи эволюціонное различіе культурныхъ типовъ государственности и затѣмъ уже въ предѣлахъ отдѣльныхъ типовъ устанавливалъ различіе образовъ правленія. Мы не будемъ, однако, излагать классификаціонной схемы Іеллинека, такъ какъ и ее нельзя признать безусловно правильной и общепринятой.

Подобно тому, какъ соціологія не выработала до сихъ поръ законченной и устойчивой схемы эволюціонныхъ видовъ союзовъ человѣческаго общежитія (см. выше, стр. 274), такъ и въ государствовѣдѣніи не сложилось соотвѣтственной схемы классификаціи государствъ. Въ виду этого мы вынуждены отказаться отъ классификаціи государствъ, извѣстныхъ наукѣ на всемъ протяженіи политической эволюціи человѣчества, и ограничиться разсмотрѣніемъ вопроса объ образахъ устройства и правленія современныхъ культурныхъ государствъ.

§ 41. ОБРАЗЫ УСТРОЙСТВА И ПРАВЛЕНІЯ СОВРЕМЕННЫХЪ КУЛЬТУРНЫХЪ ГОСУДАРСТВЪ

E. Bernatzik, Republik und Monarchie, 1892; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XX u. XXI Kapitel (русскій переводъ 2-го изд. 1908 г.); van Calken, Die staatlichen Herrschaftsformen, 1912 (Handbuch der Politik, I. Band); J. Hatschek, Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage: I. Teil. Das Recht der modernen Monarchie, II. Teil. Das Recht der modernen Demokratie,

III. Teil. Das Recht der modernen Staatenverbindung, изданіе Sammlung Göschen, 1909; Ю. Гачекъ, Общее государственное право на основѣ сравнительнаго правовѣдѣнія, русск. переводъ подъ редакціей и съ предисловіемъ М. А. Рейснера, части I—III, 1913 г.; Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, tome I, 1911, §§ 69, 70, 71, 72; С. А. Котляревскій, Конституціонное государство. Опытъ политико-морфологическаго обзора, 1907 г.; К. Н. Соколовъ, Парламентаризмъ. Опытъ правовой теоріи парламентскаго строя, 1912 г.; В. М. Гессенъ Основы конституціоннаго права, 1917 г.

I. Наиболѣе общепринятымъ классификаціоннымъ дѣленіемъ современныхъ государствъ по образу устройства и правленія является дѣленіе ихъ на монархіи и республики.

Монархія это такой образъ правленія, въ которомъ одно лицо, большею частью по праву наслѣдованія, въ иныхъ случаяхъ и по избранію, является либо единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ, либо высшимъ при наличности другого прямого государственнаго органа (см. выше, стр. 319), каковымъ является народъ въ коллегіи политическихъ избирателей и народнаго представительства. Въ первомъ случаѣ, когда монархъ является единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ, въ его рукахъ сосредоточивается вся государственная власть, и монархія оказывается неограниченной, или абсолютной. Во второмъ случаѣ, когда прямыми государственными органами являются и монархъ, и народъ, государственная власть проявляется путемъ соучастія монарха и народнаго представительства, и получается монархія ограниченная. Неограниченная и ограниченная монархіи представляютъ собою эволюціонные виды монархическаго правленія: всѣ современныя ограниченныя монархіи развились изъ монархіи неограниченной. Допущеніе народа къ участію во власти сопровождалось обыкновенно формальнымъ закрѣпленіемъ правъ народнаго представительства въ особомъ основномъ, или конституціонномъ законѣ, въ особой хартіи, или грамотѣ, опредѣляющей государственное устройство, или конституцію[1]. По этому формальному признаку принято называть ограниченную монархію конституціонной. Само собою разумѣется, что названіе это имѣетъ только условный смыслъ, ибо по существу конституція, писаная, законная или неписаная, обычноправовая имѣется и у неограниченной монархіи. Слѣдуетъ къ тому же добавить, что старѣйшая въ Европѣ ограниченная монархія съ народнымъ представительствомъ, — Англія основываетъ свой государственный строй преимущественно на публичноправовомъ обычаѣ и во всякомъ случаѣ не знаетъ единой конституціонной хартіи, такъ что въ этомъ послѣднемъ смыслѣ говорятъ даже, что въ Англіи нѣтъ конституціи.

Въ противоположность монархіи республикой признается такое государственное устройство, въ которомъ единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ является народъ въ непосредственномъ народномъ собраніи, либо въ лицѣ коллегіи политическихъ избирателей и народнаго представительства. Въ первомъ случаѣ, когда дѣйствуетъ непосредственное народное собраніе, имѣется непосредственное народоправ-

[1] Конституція обозначаетъ дословно составъ, или строеніе, и слово это употребляется не въ одномъ лишь государствовѣдѣніи. Такъ, напр., медики говорятъ о соматической конституціи, т. е. о строеніи и состояніи тѣла своихъ паціентовъ.

ство (непосредственная демократія). Во второмъ случаѣ когда проявленіе непосредственнаго народоправства ограничивается избраніемъ народныхъ представителей, и фактическое властвованіе осуществляется народнымъ представительствомъ, имѣется представительная республика. Непосредственное народоправство существуетъ въ настоящее время только въ трехъ кантонахъ Швейцаріи. Въ видѣ общаго правила современныя республики являются республиками представительными, ибо непосредственныя народныя собранія не осуществимы въ современныхъ условіяхъ, хотя бы въ силу большихъ размѣровъ государственной территоріи и многочисленности населенія. Элементы непосредственнаго народоправства проникаютъ однако въ строй представительныхъ республикъ въ новомъ видѣ, въ видѣ т. н. референдума, т. е. голосованія всѣми гражданами важнѣйшихъ вопросовъ государственной жизни путемъ письменнаго отвѣта на предложенный каждому поименно вопросъ.

Въ республикахъ, которыя развились непосредственно изъ монархій (какъ Франція) или слагались по образцу ограниченной монархіи (какъ С. А. С. Штаты, подражавшіе своей прежней метрополіи), имѣется единоличный глава государства, обычно называемый президентомъ республики. Такой глава государства нерѣдко сохраняетъ различныя права и даже внѣшніе аттрибуты монарха; тѣмъ не менѣе, онъ отличается отъ послѣдняго по существу. Монархъ, исторически выросшій изъ домэніальнаго владѣльца, вотчинника, является прямымъ, непосредственнымъ и непроизводнымъ государственнымъ органомъ. Президентъ республики — это непрямой, посредствующій и производный органъ государственной власти, не смотря на то, что въ его положеніи сохраняются различныя переживанія монархизма. Монархъ признается безусловно неотвѣтственнымъ; президентъ республики является принципіально отвѣтственнымъ, въ какихъ бы минимальныхъ предѣлахъ ни проявлялась его отвѣтственность по опредѣленію закона и на практикѣ.

II. У ограниченной монархіи и представительной республики есть нѣчто общее, именно, — народное представительство. Недостаточно однако характеризовать государственный строй наличностью въ немъ въ качествѣ прямого государственнаго органа народнаго представительства. Необходимо указать, каково это народное представительство, т. е. въ какихъ размѣрахъ, въ составѣ какихъ общественныхъ классовъ народъ допущенъ къ участію во власти въ ограниченной монархіи и обладаетъ властью въ представительной республикѣ. Требуемыя указанія получаются путемъ тщательнаго изслѣдованія вопроса о томъ, кто избираетъ народныхъ представителей, и какъ ихъ избираютъ.

Избирательное право гражданъ можетъ быть обусловлено извѣстнымъ цензомъ, главнымъ образомъ имущественнымъ. При наличности имущественнаго ценза, особенно высокаго, получается то властвованіе имущихъ надъ неимущими, на которое обратилъ вниманіе еще Аристотель (см. выше, стр. 326), и образъ правленія оказывается аристократическимъ. Полное отсутствіе цензовыхъ требованій и установленіе всеобщаго избирательнаго права распространяетъ участіе во власти на всѣхъ и создаетъ, слѣдовательно, демократическій образъ правленія. Дѣйствительное

осуществленіе всеобщаго избирательнаго права зависитъ не только отъ формальнаго провозглашенія его въ законѣ, но и отъ цѣлаго ряда условій его примѣненія, — отъ распредѣленія избирательныхъ округовъ, требованія большей или меньшей продолжительности проживанія въ избирательномъ округѣ (при большой продолжительности болѣе подвижные элементы населенія, а таковыми оказываются неимущіе, передвигающіеся въ поискахъ заработка, фактически лишены возможности осуществлять свои избирательныя права), степени обезпеченія тайны и, слѣдовательно, независимости голосованія и т. д. Изслѣдованіе всѣхъ этихъ сторонъ необходимо для опредѣленія размѣровъ дѣйствительной демократизаціи того или другого государственнаго строя.

Кромѣ палаты народныхъ представителей въ ограниченныхъ монархіяхъ и въ представительныхъ республикахъ бываетъ еще другая палата, обычно именуемая верхней палатой въ противоположность палатѣ народныхъ представителей, которую называютъ нижней. Верхняя палата составляется изъ лицъ, либо засѣдающихъ въ нихъ по наслѣдственному сословному праву, либо назначаемыхъ монархомъ, либо избираемыхъ осложненнымъ порядкомъ и по особому цензу для лицъ подлежащихъ избранію (т. н. пассивному цензу въ отличіе отъ активнаго ценза для избирателей). Указанныя условія пополненія состава верхней палаты иногда дѣйствуютъ одновременно; имѣются еще и разныя другія условія, на которыхъ мы останавливаться не будемъ. Для нашей цѣли достаточно сказаннаго, такъ какъ изъ него видно, что верхняя палата такъ или иначе, но всегда представляетъ собою аристократическій элементъ властвованія.

Такимъ образомъ оказывается, что аристократическій и демократическій образы правленія являются въ наше время видовыми подраздѣленіями ограниченной монархіи и представительной республики, и опредѣляются эти подраздѣленія въ зависимости отъ того, въ предѣлахъ какихъ общественныхъ круговъ осуществляется участіе народа во власти или обладаніе народа властью. Ограниченная монархія съ народнымъ представительствомъ болѣе или менѣе аристократическаго или демократическаго характера представляетъ собою всегда смѣшанное государственное устройство, такъ какъ въ ней сочетаются въ участіи во власти два элемента, — монархическій и народный (аристократическій или демократическій). Наличность двухъ палатъ придаетъ смѣшанный характеръ и представительной республикѣ, потому что верхняя палата всегда сохраняетъ аристократическій характеръ или хоть оттѣнокъ его. Въ ограниченной монархіи съ двумя палатами смѣшанный образъ правленія слагается изъ трехъ элементовъ: монархическаго, аристократическаго и демократическаго. Въ зависимости отъ взаимоотношенія фактической мощи общественныхъ классовъ преобладаніе принадлежитъ то верхней, то нижней палатѣ, и сообразно этому преобладаетъ то аристократическій элементъ, то демократическій.

Примѣнительно къ характеризующему современную государственную жизнь паденію или во всякомъ случаѣ умаленію сословности мы говоримъ объ аристократіи не въ тѣсномъ смыслѣ правленія родовитой знати, а въ болѣе широкомъ смыслѣ правленія болѣе сильныхъ общественныхъ классовъ, и противоположеніе аристократіи и демократіи понимаемъ въ духѣ

того противоположенія богатства и бѣдности, о которомъ говорилъ еще Аристотель, а также въ смыслѣ противоположенія большей или меньшей просвѣщенности и интеллигентности.

III. Степень дѣйствительнаго участія народа во власти опредѣляется въ зависимости отъ болѣе или менѣе широкой компетенціи народнаго представительства. Разсмотримъ, какъ слагается эта компетенція въ ограниченной монархіи и въ представительной республикѣ.

Въ ограниченной монархіи, какъ она конституируется въ первой стадіи своего развитія изъ монархіи неограниченной, народному представительству принадлежитъ рѣшающее участіе въ законодательствѣ и болѣе или менѣе широкое право контроля надъ закономѣрностью управленія; самое же управленіе и правленіе ведется подъ верховной властью монарха имъ же назначаемыми центральными подчиненными государственными органами, — министрами. Министры, изъ которыхъ каждый завѣдываетъ спеціальной отраслью управленія, образуютъ объединенное министерство, или правительство. Существенно важнымъ является взаимоотношеніе между правительствомъ и народнымъ представительствомъ. При строгомъ ограниченіи народнаго представительства законодательной и надзирающей за закономѣрностью управленія функціей, правительство остается независимымъ отъ народнаго представительства. Правительство не отвѣтственно передъ народнымъ представительствомъ политически, т. е. при расхожденіи взглядовъ и направленія правительства въ дѣлахъ управленія и правленія съ народнымъ представительствомъ министры не уходятъ въ отставку и остаются у власти. Они отвѣтственны исключительно передъ монархомъ. Назначаются они монархомъ независимо отъ того или другого направленія народнаго представительства. Личный составъ правительства пополняется при этомъ обычно изъ профессіональнаго чиновничьяго, или бюрократическаго класса (см. выше, стр. 320), который исторически сложился еще въ періодъ неограниченной монархіи. При такомъ положеніи дѣла правительство, въ качествѣ бюрократическаго элемента правленія, противополагается народному представительству, какъ выразителю общественнаго участія во власти. Такой образъ правленія въ ограниченной, или конституціонной монархіи, извѣстенъ подъ названіемъ дуалистическаго конституціонализма, т. е. построеннаго на дуализмѣ (двойственности) правительства и народнаго представительства. Система дуалистическаго конституціонализма дѣйствовала въ Пруссіи и другихъ нѣмецкихъ монархіяхъ, у насъ въ Россіи до революціи, и въ настоящее время еще дѣйствуетъ въ Японіи.

Дальнѣйшая эволюція народнаго представительства ведетъ къ расширенію его компетенціи въ сторону установленія дѣйственнаго вліянія его на правленіе и управленіе. Достигается такое вліяніе путемъ установленія политической отвѣтственности правительства предъ народнымъ представительствомъ и непосредственной связи съ послѣднимъ личнаго состава объединеннаго министерства. Монархъ назначаетъ министровъ изъ среды большинства народнаго представительства; министры политически отвѣтственны предъ послѣднимъ и въ случаѣ коренного и систематическаго расхожденія съ нимъ уходятъ въ отставку. Такая система существуетъ въ

Англіи, Бельгіи, Италіи. Она извѣстна подъ названіемъ парламентарнаго правленія, или парламентаризма. Терминъ этотъ производится отъ одного изъ нарицательныхъ именъ народнаго представительства, каковымъ является слово «парламентъ».

Представительныя республики также знаютъ два порядка назначенія министровъ главой государства, т. е. президентомъ: внѣ состава парламентскаго большинства и изъ парламентскаго большинства. Первый порядокъ дѣйствуетъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, второй — во Франціи. Во второмъ случаѣ имѣется парламентарное правленіе, въ первомъ — непарламентарное.

Слѣдуетъ однако замѣтить, что непарламентарное правленіе въ республикѣ не тождественно съ дуалистическимъ конституціонализмомъ въ ограниченной монархіи. Назначающій министровъ глава государства, президентъ, — самъ является производнымъ государственнымъ органомъ, получившимъ свои полномочія отъ прямого государственнаго органа, — народа. Поэтому президентъ въ выборѣ министровъ вынужденъ сообразоваться съ политическимъ направленіемъ, если не парламентскаго большинства, то большинства своихъ избирателей. Вслѣдствіе этого въ республикѣ и при формально непарламентарномъ правленіи по существу нѣтъ принципіальнаго противоположенія правительства и народнаго представительства.

IV. Образъ правленія опредѣляется не только устройствомъ верховной власти и положеніемъ центральныхъ органовъ правленія и управленія, но также и положеніемъ мѣстныхъ подчиненныхъ государственныхъ органовъ, или органовъ мѣстнаго управленія.

Мѣстное управленіе строится по двумъ типамъ: административной централизаціи и децентрализаціи. Подъ административной централизаціей разумѣется такой порядокъ, при которомъ рѣшающая власть по дѣламъ мѣстнаго управленія принадлежитъ органамъ центральнаго управленія, а мѣстные органы являются только исполнителями идущихъ изъ центра рѣшеній и предписаній. Подъ административной децентрализаціей разумѣется передача опредѣленныхъ категорій мѣстныхъ дѣлъ на окончательное рѣшеніе мѣстныхъ органовъ, по отношенію къ которымъ центральные органы проявляютъ только надзоръ и отчасти нѣкоторое общее, объединяющее руководство.

Административная децентрализація исторически связывается съ установленіемъ наряду съ правительственными общественныхъ органовъ мѣстнаго управленія, избираемыхъ мѣстнымъ населеніемъ, что ведетъ къ системѣ мѣстнаго самоуправленія. Мѣстное самоуправленіе даетъ удовлетвореніе интересамъ тѣхъ мѣстныхъ общественныхъ группъ, о которыхъ мы говорили выше въ ученіи о населеніи (см. стр. 302—303).

Мѣстное самоуправленіе завершаетъ собою обобществленіе власти, проводя его на мѣстахъ и на низахъ іерархической государственной организаціи. Для того, чтобы уяснить себѣ дѣйствительные размѣры и степень этого обобществленія, необходимо подвергнуть систему самоуправленія такому же разностороннему обслѣдованію, о которомъ мы говорили выше примѣнительно къ народному представительству. Обслѣдованіе условій и порядка избранія органовъ мѣстнаго самоуправленія выяснитъ со-

ціальный составъ мѣстнаго самоуправленія и опредѣлитъ его болѣе или менѣе аристократическій или демократическій характеръ. Отъ взаимоотношенія правительственныхъ и общественныхъ органовъ мѣстнаго управленія зависитъ дѣйствительная степень обобществленія власти на мѣстахъ.

Устанавливая признаки различія образовъ правленія, мы шли отъ верховъ государственной организаціи къ ея низамъ и характеризовали мѣстное самоуправленіе какъ заключительное обобществленіе власти. Таковъ былъ логическій ходъ нашего разсужденія. Слѣдуетъ однако замѣтить, что историческій ходъ политическаго развитія бывалъ прямо противоположнымъ и шелъ снизу вверхъ. Достаточно указать на то, что въ Германіи и въ Россіи установленіе мѣстнаго самоуправленія предшествовало учрежденію народнаго представительства.

V. Важнымъ показателемъ образа правленія является, наконецъ, отношеніе государственной власти къ свободѣ личности въ смыслѣ предохраненія ея отъ произвола власти и отъ вмѣшательства государства въ опредѣленную область экономической и духовной жизни индивида. Обезпеченіе свободы личности достигается путемъ раздѣленія государственныхъ органовъ по ихъ функціямъ, обоснованіе чему далъ Монтескье въ своей теоріи раздѣленія властей (см. выше, стр. 321—323, 332—334 и 336). Этой же цѣли служатъ и другіе способы установленія правовыхъ формъ воздѣйствія государственной власти на общество, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже, въ послѣдней главѣ.

Отношеніе государственной власти къ индивиду не исчерпывается охраною его свободы, но простирается и на обезпеченіе индивиду содѣйствія государственной власти, что имѣетъ особенное значеніе для индивидовъ, принадлежащихъ къ классамъ населенія общественно слабымъ. Содѣйствіе обезпеченію положенія этого рода индивидовъ входитъ въ задачи соціальной политики государства (см. выше стр. 316—317). Та или другая степень развитія соціальной политики является весьма характерной для опредѣленія образа правленія. При этомъ имѣетъ значеніе не только матеріальное содержаніе этой политики, но и та правовая форма, въ которую облекается содѣйствіе государства элементамъ соціально слабымъ.

Слѣдуетъ отмѣтить, что въ настоящее время соціальная политика становится очереднымъ вопросомъ дня и особенно настоятельнымъ. Послѣ того какъ великая война и русская революція придали постановкѣ соціальнаго вопроса крайнюю обостренность, современное государство сознало вполнѣ и окончательно, что въ раціональномъ веденіи соціальной политики заключается его главная жизненная задача. Въ новѣйшихъ конституціяхъ, возникшихъ послѣ великой войны и русской революціи, находимъ спеціальныя статьи и цѣлые отдѣлы, посвященные провозглашенію широкихъ задачъ соціальной политики. Такъ обстоитъ дѣло въ Германской конституціи отъ 11 августа 1919 г., Польской конституціи отъ 17 марта 1921 г., въ конституціи Королевства Сербовъ, Хорватовъ и Словенцевъ отъ 28 іюня 1921 г. и др. Всѣ эти конституціонныя заявленія носятъ главнымъ образомъ декларативный характеръ. Но и въ этомъ видѣ они достаточно знаменательны.

Когда же государства пойдутъ по пути ихъ осуществленія, образъ ихъ правленія начнетъ измѣняться самымъ существеннымъ образомъ.

VI. Послѣднюю въ нашемъ изложеніи и самостоятельную классификаціонную группу составляетъ дѣленіе государствъ на простыя и сложныя. Это дѣленіе выдвигалъ еще, какъ мы уже знаемъ, Монтескье (см. выше, стр. 338—339), но особенное вниманіе теоретиковъ было привлечено къ нему во второй половинѣ XIX столѣтія, о чемъ намъ пришлось уже говорить выше, въ ученіи о суверенитетѣ (см. выше, стр. 289—290).

Современная теорія различаетъ два основныхъ вида соединенія государствъ, — союзъ государствъ (Staatenbund) и союзное государство (Bundesstaat). Различіе между ними она усматриваетъ: 1) въ юридической природѣ союзной власти и власти составныхъ частей соединенія, 2) въ компетенціи союзной власти, и 3) въ отношеніи ея къ подданнымъ.

Въ союзѣ государствъ союзная власть является производной и представляетъ собою установленіе международнаго соглашенія вполнѣ самостоятельныхъ государствъ, изъ которыхъ каждое остается суверереннымъ. Компетенція власти союза опредѣляется цѣлью, ради которой заключено междугосударственное союзное соглашеніе, обнимаетъ собою дѣла, точно указанныя и перечисленныя въ соглашеніи, и представляетъ собою только спеціальную часть государственной компетенціи, не простирающуюся на всѣ функціи государственной власти. Властью союза связана непосредственно только государственная власть входящихъ въ союзъ государствъ. Поэтому власть союза не простирается на населеніе входящихъ въ союзъ государствъ и не становится къ населенію въ непосредственное, прямое отношеніе. Подданство существуетъ въ союзѣ государствъ только одно, — подданство власти входящихъ въ союзъ государствъ, и нѣтъ подданства союзной власти.

Въ союзномъ государствѣ союзногосударственная власть есть власть непроизводная, такъ какъ она устанавливается не соглашеніемъ составныхъ частей, а основнымъ актомъ государственнаго устройства, — союзногосударственной конституціей. Союзногосударственная власть есть власть государственная и суверенная. Составныя части союзнаго государства представляютъ собою тоже государства и потому обладаютъ государственной властью, но несуверенной. Компетенція союзногосударственной власти есть компетенція государственная, обнимающая собою всѣ три отрасли проявленія государственной власти, — управленіе, судъ и законодательство. Размѣры компетенціи союзногосударственной власти устанавливаются путемъ размежеванія съ компетенціей государственной власти составныхъ частей союзнаго государства, размежеванія, произведеннаго въ союзногосударственной конституціи. Союзногосударственная власть простирается непосредственно на всю территорію и на все населеніе союзнаго государства. Вслѣдствіе этого въ союзномъ государствѣ существуетъ двойное подданство: подданство государственной власти составныхъ частей и подданство союзногосударственной власти.

Вполнѣ принимая приведенное, болѣе всего принятое опредѣленіе союза государствъ, считаемъ необходимымъ возразить противъ приведенной конструкціи союзнаго государства. Мы отказываемся считать составныя части союзнаго государства государствами, потому что признаніе несуверенаго государства не совмѣстимо съ исторически сложившимся понятіемъ суверенитета, какъ существеннаго признака государства (см. выше, стр. 290).

Союзное государство не есть соединеніе государствъ, каковымъ является союзъ государствъ, а есть сложное государство, отличающееся отъ простого государства особой системой политической децентрализаціи.

Политическая децентрализація, сравнительно съ извѣстной уже намъ административной децентрализаціей, заключается въ предоставленіи отдѣльнымъ частямъ государства самостоятельнаго устройства и функціонированія не только мѣстныхъ, но и центральныхъ для данной части подчиненныхъ государственныхъ органовъ, какъ правительственныхъ, такъ и представительныхъ. При политической децентрализаціи отдѣльныя части государства надѣляются не только самоуправленіемъ, но и самоправленіемъ. Самоправленіе обнимаетъ всѣ отрасли проявленія государственной власти: управленіе, судъ и администрацію. Противоположеніе самоуправленія и самоправленія закрѣплено въ англійскомъ языкѣ особыми терминами: selfgovernement (самоуправленіе) и home rule (домашнее, т. е. свое особое правленіе, или самоправленіе); возможны аналогичные термины и на нѣмецкомъ языкѣ, — Selbstverwaltung (самоуправленіе) и Selbstregierung (самоправленіе). Такъ какъ въ самоправленіи весьма существенна самостоятельная законодательная дѣятельность, и наличностью ея самоправленіе отличается отъ самоуправленія, то самоправленіе нерѣдко называютъ автономіей (автономія = самозаконность).

Политическая децентрализація можетъ устанавливаться законодательнымъ актомъ или же быть предустановленной по конституціи. Въ первомъ случаѣ сохраненіе ея обязательно впредь до отмѣны ея въ законодательномъ порядкѣ, во второмъ случаѣ соблюденіе обязательно для верховной государственной власти впредь до измѣненія конституціи, т. е. безусловно, ибо съ измѣненіемъ конституціи измѣнится и самая верховная власть, станетъ иной по своей юридической природѣ. Первая система политической децентрализаціи возможна въ простомъ государствѣ; вторая система превращаетъ государство въ сложное, или федеральное.

Въ основѣ политической децентрализаціи и федеральнаго устройства лежитъ то обособленіе мѣстныхъ и національныхъ общественныхъ группъ, о которыхъ мы говорили въ ученіи о населеніи. По мѣрѣ сознательнаго самоопредѣленія и наростанія фактической мощи этихъ группъ развивается самоуправленіе, заводится самоправленіе, устанавливается, наконецъ, при извѣстномъ взаимоотношеніи общественныхъ силъ федеральный строй.

Важнѣйшія союзныя государства современности суть: Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, Швейцарія, Германія (и по новѣйшей республиканской конституціи отъ 11 августа 1919 г.), Австрія (по конституціи отъ 1 октября 1920 г.).

ГЛАВА XIII. ПРАВО ВЪ СИСТЕМѢ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ОРГАНИЗАЦІИ

§ 42. ИСТОРИЧЕСКОЕ ВЗАИМООТНОШЕНІЕ МЕЖДУ ПРАВОМЪ И ГОСУДАРСТВОМЪ

G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XI. Kapitel, II, 1, 1—2; L. Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901, chap. IV—VI; Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, 1904 г., главы I—II; Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г.; G. Jellinek, Der Kampf des alten mit dem neuen Rechte, 1907; С. А. Котляревскій, Власть и право. Проблема правового государства, 1915 г., главы I и III.

Въ ученіи объ основныхъ отрасляхъ проявленія государственной власти (§ 36) мы привели историческій очеркъ постепеннаго развитія функцій политической организаціи (стр. 308—311). Въ этомъ очеркѣ намѣчены уже основныя данныя для характеристики историческаго взаимоотношенія между правомъ и государствомъ. Наиболѣе существеннымъ для этой характеристики представляется установленное выше положеніе о томъ, что правотвореніе не составляетъ первоначальной задачи и функціи государственной власти, и что вступленіе послѣдней на путь сознательнаго, охватывающаго всѣ стороны жизни и планомѣрнаго законодательства оказывается плодомъ весьма длительнаго развитія государственной организаціи.

На первыхъ порахъ и въ теченіе довольно долгаго времени государственная власть ограничивается въ дѣлѣ правовой культуры обезпеченіемъ осуществленія права путемъ организаціи суда и приведенія въ исполненіе судебныхъ приговоровъ.

Матеріальное содержаніе права остается независимымъ отъ государственной власти и опредѣляется обычаемъ, сложившимся и слагающимся въ болѣе мелкихъ общественныхъ союзахъ (территоріальныхъ общинахъ), исторически предшествующихъ государственной организаціи. Государственная власть сообщаетъ юридическимъ обычаямъ высшую степень положительности путемъ точнаго формулированія ихъ въ судебныхъ приговорахъ, закрѣпленія ихъ въ актахъ уставной[1] дѣятельности, судебной авторизаціи (признанія auctoritatis fori, т. е. обязательности для суда) частныхъ за-

[1] Уставами называются въ исторіи русскаго права акты законодательства древнихъ князей; въ большинствѣ случаевъ они сводились къ авторитетному констатированію юридическихъ обычаевъ.

писей обычнаго права и, наконецъ, оффиціальной записи юридическихъ обычаевъ. Оффиціальныя записи обычнаго права появляются сравнительно поздно, — въ эпоху установленія сильной централизованной государственной власти, которая борется съ партикуляризмомъ обычнаго права и собираетъ и записываетъ его съ цѣлью унификаціи (объединенія), причемъ унификація обычнаго права подготовляетъ послѣдующую законодательную регламентацію. Особенной извѣстностью пользуются собираніе и записываніе юридическихъ обычаевъ, осуществленное въ весьма широкихъ размѣрахъ въ XVI в. во Франціи подъ названіемъ редакціи кутюмовъ (rédaction des coutumes).

На путь самостоятельнаго законодательнаго правотворенія государственная власть вступаетъ неувѣренно, робко и по частямъ. На первыхъ порахъ и довольно долго самостоятельное правотвореніе государственной власти сводится къ законодательному запрету переживаній судебной самопомощи, или самоуправства, къ законодательному устраненію наиболѣе острыхъ соціальныхъ конфликтовъ и къ законодательному опредѣленію фиксированнаго уклада. Только послѣ установленія единой централизованной государственной власти сосредоточилась въ рукахъ ея принципіально вся функція правотворенія, и по мѣрѣ разростанія области управленія законодательная регламентація распространялась на всѣ почти стороны общественной жизни. Тѣмъ не менѣе, государственная власть все еще проявляла нѣкоторую робость и неувѣренность въ осуществленіи своей правотворящей функціи. Эта робость и неувѣренность сказались въ юридической терминологіи XVI и XVII вѣковъ, сохранившейся въ силу привычки и въ XVIII столѣтіи. Наименованіе з а к о н а (lex, loi) прилагали преимущественно къ юридическимъ нормамъ высшаго, такъ сказать, порядка, — къ з а к о н у Б о ж е с т в е н н о м у (lex divina, loi divine), къ з а к о н у е с т е с т в е н н о м у (lex naturalis, loi naturelle), къ вселенскому римскому праву (leges civiles, lois civiles), и къ тому обычноправовому, традиціонному укладу политической организаціи страны, который называли «з а к о н а м и к о р о л е в с т в а» (les lois du royaume). Правда, философы давно уже (еще въ XIII в. Ѳома Аквинскій) говорили о законѣ человѣческомъ (lex humana), и государствовѣды съ XVI вѣка противополагали законамъ королевства «законы короля» (les lois du roi). Тѣмъ не менѣе, наименованіе закона оффиціально не прилагалось къ правотворящимъ актамъ государственной власти, и законодательные акты французскихъ королей назывались всего лишь у к а з а м и (ordonnances отъ ordonner = повелѣть, указать). Аналогичное явленіе замѣчаемъ и въ исторіи русскаго права. Первоначально законъ обозначалъ юридическую норму вообще, въ томъ числѣ и норму обычнаго права, и въ этомъ именно смыслѣ начальная лѣтопись говоритъ о законахъ, по которымъ жили славяно-русскія племена. Князья земской эпохи издавали не законы, а у с т а в ы. Съ теченіемъ времени законъ сталъ обозначать юридическую норму высшаго, сравнительно съ государствомъ, порядка. Такъ, въ Московскомъ государствѣ говорили о законахъ градскихъ (νόμοι πολιτικοί = leges civiles) благочестивыхъ царей греческихъ, а законодательные акты своихъ царей называли указами. Только съ Петра Великаго терминъ законъ вводится для обозначенія правотворящихъ актовъ русской государственной власти, причемъ сохраняется и старое названіе государева указа.

Въ XVIII столѣтіи окончательно и вполнѣ сознательно укрѣпляется и признается правотворящая функція государственной власти. Законъ пріобрѣтаетъ значеніе, если не единственной и исключительной, то во всякомъ случаѣ преобладающей и, такъ сказать, верховной формы положительнаго права. Правотвореніе становится монополіей, если такъ можно выразиться, государственной власти въ видѣ законодательства.

Верховенство закона надъ остальными формами положительнаго права находило себѣ въ XVIII столѣтіи раціональное оправданіе какъ со стороны теоріи просвѣщеннаго абсолютизма (см. выше, стр. 312—313), такъ и со стороны либеральной доктрины (см. выше, стр. 313), особенно того направленія послѣдней, которое развивалъ Монтескье (см. выше стр. 321—323), полагавшій сущность индивидуальной свободы въ обезпеченіи личности отъ произвола исполнительной и судебной власти.

Съ точки зрѣнія теоріи просвѣщеннаго абсолютизма законодательство было ничѣмъ инымъ, какъ переводомъ на языкъ положительнаго права вѣчныхъ истинъ права естественнаго. Послѣднія могли найти себѣ выраженіе только въ правотворящихъ актахъ просвѣщенныхъ государей, дружныхъ съ философами и философіей, и ужъ никакъ не въ коллективномъ правовомъ творчествѣ народа, ибо это творчество совершается безсознательно, да къ тому же идеи вѣка просвѣщенія, доступныя верхамъ общества, не могли проникнуть въ толщу народныхъ массъ. Вслѣдствіе этого вполнѣ понятно, что теорія просвѣщеннаго абсолютизма провозглашала безусловное верховенство закона надъ юридическимъ обычаемъ и ставила дѣйствіе послѣдняго въ зависимость отъ допущенія его законодателемъ. Законодательныя нормы, какъ отраженіе естественныхъ законовъ, требовали геометрически прямолинейнаго примѣненія, въ противномъ случаѣ имъ угрожало искаженіе. Поэтому во имя торжества раціональной истины отвергалась возможность правотворенія въ процессѣ судебной и всякаго рода иной государственной практики. Безраздѣльно и повсюду долженъ былъ царить законъ.

Произволъ водворяется, по мнѣнію Монтескье, тогда, когда власть дѣйствуетъ, не встрѣчая на своемъ пути никакихъ сдержекъ. Абсолютное отсутствіе сдержекъ и потому полный просторъ для безудержнаго произвола представлялъ и предоставлялъ бы такой порядокъ, при которомъ одна и та же власть устанавливала бы общую норму поведенія и примѣняла бы ее къ конкретнымъ случаямъ. Во избѣжаніе этого установленіе общихъ нормъ выдѣляется въ спеціальное вѣдѣніе особой законодательной власти и не можетъ быть предоставлено ни власти исполнительной, ни власти судебной. Монтескье безусловно отрицалъ правотвореніе какъ въ порядкѣ управленія, такъ и въ порядкѣ отправленія суда. Въ процессѣ дѣйствія государственной власти единодержавіе закона устанавливалось имъ незыблемо. Оставался открытымъ вопросъ объ отношеніи закона къ обычному праву. Объ этомъ вопросѣ Монтескье умалчиваетъ. Правда, въ одномъ мѣстѣ своего знаменитаго трактата («О духѣ законовъ») онъ замѣчаетъ, что то, что введено нравами, надлежитъ измѣнять нравами, а не законами. Этого замѣчанія никакъ нельзя однако толковать въ смыслѣ признанія самостоятельности обычнаго права, такъ какъ въ

немъ идетъ дѣло о нравахъ въ смыслѣ положительной нравственности, и имѣется въ виду разграничить не области дѣйствія юридическаго обычая и закона, а области моральнаго воздѣйствія и юридической регламентаціи. Умолчаніе Монтескье объ юридическомъ обычаѣ можетъ быть истолковано единственно въ томъ смыслѣ, что для этой формы положительнаго права просто не нашлось мѣста въ той системѣ государственной организаціи, которую во имя обезпеченія свободы личности Монтескье строилъ на исключительномъ и безраздѣльномъ господствѣ закона.

На установленіи верховенства закона надъ остальными формами положительнаго права мы должны временно прервать историческое разсмотрѣніе вопроса о воздѣйствіи государственной организаціи на правотвореніе. Перерывъ необходимъ потому, что дальнѣйшая эволюція не была бы намъ понятна безъ предварительнаго обстоятельнаго ученія о законѣ. Къ тому же эта дальнѣйшая эволюція создаетъ систему, дѣйствующую въ наше время, и потому ее удобнѣе всего изложить статически (въ состояніи покоя) въ связи съ ученіемъ о законѣ.

Историческое взаимоотношеніе между правомъ и государствомъ не исчерпывается воздѣйствіемъ государственной организаціи на правотвореніе и представляетъ собою еще и другую, въ высшей степени важную сторону, именно, — вліяніе права на государственную организацію, или, выражаясь точнѣе, дѣйствіе права, какъ нормы организаціи и функціонированія государственной власти. Къ этому вопросу мы и переходимъ.

Первоначальное установленіе власти не вытекаетъ изъ требованій какой либо юридической нормы и не является слѣдствіемъ какой либо юридической сдѣлки, но представляетъ собою просто фактъ, голый фактъ, если позволено такъ выразиться для того, чтобы рѣзче подчеркнуть первоначальное отсутствіе за нимъ какого либо юридическаго титула (основанія). Властвованіе и подчиненіе власти, въ смыслѣ отношеній между властвующими и подвластными, правящими и управляемыми, носятъ долгое время исключительно фактическій характеръ, вытекающій изъ реальнаго соотношенія общественныхъ силъ. Юридическую квалификацію получаютъ только отношенія между участниками властвованія. Таковы въ земскій періодъ русской исторіи междукняжескія отношенія и отношенія между княземъ и дружинниками, облекавшіяся въ договорную форму; таковы же отношенія между княземъ, боярской думой и вѣчемъ, слагавшіяся въ нѣкоторый обычноправовой укладъ и переходившія въ отдѣльныхъ мѣстахъ (въ Новгородѣ) въ формальный договоръ. Правленіе велось по образцу домашняго хозяйственнаго или вотчиннаго правленія и заключалось въ извлеченіи изъ населенія доходовъ въ качествѣ экономическаго эквивалента за обезпечиваемые населенію миръ внѣшній и внутренній (безопасность отъ внѣшняго врага и отъ внутренняго самоуправства). Въ правленіи все опредѣлялось цѣлесообразностью, а не правомѣрностью, — и организація правленія и функціонированіе правителей. Такими чертами можетъ быть характеризовано первоначальное т. н. народное государство (Volksstaat).

При феодальномъ строѣ непосредственное властвованіе надъ массой населенія осуществлялось въ видѣ домэніальной власти. Домэ-

ніальное правленіе было вотчиннымъ, хозяйственнымъ, такъ сказать, правленіемъ, которое не облекалось въ юридическія формы. Собственность есть юридическое отграниченіе индивидуальнаго обладанія вещью отъ другихъ индивидовъ; самое отношеніе индивида къ вещи, являющейся объектомъ его собственности, не носитъ юридическаго характера. Точно также не носило юридическаго характера вотчинное правленіе поземельнаго собственника; оно опредѣлялось только началомъ цѣлесообразности и ограничивалось предѣлами выносливости населенія. Юридическій характеръ носили только отношенія между домэніальными владѣльцами, облеченныя въ форму вассальнаго договора.

Новое централизованное государство установилось первоначально тоже какъ фактъ. Оно возникло на развалинахъ феодализма и образовалось путемъ нарушенія, ломки вассально-договорныхъ отношеній. Отъ договорнаго уклада политической организаціи къ системѣ, основанной на безусловномъ властвованіи съ одной стороны и такомъ же подчиненіи съ другой, не могло быть и не было другого перехода кромѣ ломки прежнихъ юридическихъ отношеній. Новый государственный порядокъ сложился какъ порядокъ фактическій и только потомъ легитимировалъ (узаконилъ) себя и превратился въ порядокъ правомѣрный. Это отлично понимали юристы-государствовѣды XVI вѣка, особенно Луазо (Loiseau), который училъ, что новое государство основано на узурпаціи (захватѣ власти) и стало правомѣрнымъ въ силу давности; при этомъ отмѣчалось, что въ публичныхъ отношеніяхъ, въ противоположность частнымъ, давность сообщаетъ правомѣрность и такимъ состояніямъ, которыя возникли изъ насилія. Власть, фактически установившуюся, стали конструировать какъ право государства, въ частности государя. Это право государя основывали во Франціи на салическомъ законѣ (loi salique) наслѣдованія, каковой недаромъ разсматривали какъ основной, конституціонный законъ (loi fondamentale), законъ королевства (loi du royaume). Праву государя на власть соотвѣтствовала юридическая обязанность населенія подчиняться власти. Обычноправовое основаніе признавалось и за тѣмъ совѣщательнымъ и, смотря по обстоятельствамъ, болѣе или менѣе авторитетнымъ участіемъ во власти, которое принадлежало сословному представительству (генеральнымъ штатамъ, земскимъ соборамъ), исчезнувшему изъ обихода послѣ окончательной бюрократизаціи правленія. Дальше конструкціи правъ власти и общей обязанности подчиненія ей со стороны населенія проникновеніе государства правомъ не шло.

Дальнѣйшая организація властвованія и самое функціонированіе власти носило чисто фактическій характеръ. Подчиненные органы власти устанавливались путемъ фактическихъ порученій, не имѣли значенія постоянныхъ основанныхъ на законѣ учрежденій и носили характеръ временныхъ комиссій (commissarii, commissions), или по русски приказовъ[1]. Правленіе было вотчиннымъ, хозяйственнымъ; оно преслѣдовало

[1] Въ старое (Московское) время приказать значило поручить (откуда и теперь приказчикъ), а повелѣть обозначалось словомъ указать. Отсюда, приказы — порученія и указы — повелѣнія (законы).

главнымъ образомъ фискальную цѣль, т. е. цѣль пополненія государевой казны, и опредѣлялось въ своемъ отношеніи къ населенію исключительно началомъ цѣлесообразности.

Несомнѣнно, дѣятельность государственной власти служила удовлетворенію общественныхъ потребностей, прежде всего потребности въ мирѣ и безопасности, а также насаждала культуру (полицейское государство, см. выше, стр. 308—313). Но эта дѣятельность государства ради соціальной цѣли (dans un but social, какъ выражается Дюги) протекала внѣ юридическихъ категорій и опредѣлялась началами религіи и морали. Служеніе общему благу разсматривалось какъ религіозный или нравственный долгъ носителей власти. Не было рѣчи объ юридическихъ обязанностяхъ власти и тѣмъ болѣе о правахъ населенія на участіе въ рѣшеніи вопроса о томъ, чего именно требуетъ общее благо, на содѣйствіе власти или же на свободу отъ ея всеобъемлющей опеки. Въ XVIII вѣкѣ заговорили о правѣ государственной власти на преобразованія, объ особомъ ius reformandi politicum, которое строилось очевидно по аналогіи съ ius reformandi ecclesiasticum (правомъ на церковную реформу), которое признавала протестантская доктрина за государями еще съ XVI вѣка въ силу принципа cuius regio, eius religio. Но это ius reformandi politicum обозначало лишь безграничное право власти вводить преобразованія, не считаясь съ мнѣніемъ, интересами и даже историческими правами отдѣльныхъ корпорацій и сословій. Осуществленіе этого права всецѣло предоставлялось усмотрѣнію власти, не встрѣчавшему никакихъ ограниченій со стороны какихъ либо правъ подданныхъ.

Накопившаяся практика приказовъ постепенно привела къ нѣкоторому однообразію и прочности организаціи подчиненнаго управленія, подъ которую была подведена обычноправовая основа. Прочность, неподвижность и опредѣленность, вытекающія изъ организаціонной юридической нормы, пріобрѣли прежде всего суды, а затѣмъ и административныя учрежденія, особенно органы мѣстнаго самоуправленія, создававшіеся посредствомъ откупа мѣстныхъ обществъ отъ управленія приказнаго. Съ теченіемъ времени, по мѣрѣ наростанія сознательности и планомѣрности въ государственной организаціи, перешли къ системѣ законодательной регламентаціи устройства и компетенціи правительственныхъ учрежденій. Установилась правильная іерархическая система государственныхъ учрежденій, и отношенія между ними приняли юридическій характеръ. Послѣдній выразился въ распредѣленіи правъ и обязанностей между высшими и низшими органами: высшіе управомочивались къ опредѣленному распоряженію дѣятельностью низшихъ, низшіе юридически обязывались къ подчиненію и управомочивались къ дѣятельности въ предѣлахъ своей подчиненной компетенціи. Всѣ эти права и обязанности замыкались внутри правительственной организаціи, и юридическая регламентація не простиралась на отношенія правительственныхъ органовъ къ населенію. Послѣднія по прежнему опредѣлялись не началомъ правомѣрности, а началомъ цѣлесообразности.

Юридическія отношенія устанавливаются только тогда, когда одно лицо, встрѣчая на своемъ пути другое и вступая съ нимъ въ отношеніе, при-

знаетъ равноцѣнность чужой личности и своей или во всякомъ случаѣ такую самоцѣльность и самоцѣнность чужой личности, которая считаетъ необходимымъ уважать. Соотвѣтственно этому и отношенія правительственныхъ органовъ къ населенію стали подчиняться началу правомѣрности только съ тѣхъ поръ, какъ государственная власть перестала смотрѣть на населеніе какъ на объектъ воздѣйствія и признала въ человѣческой личности нѣчто самоцѣльное и самоцѣнное. Такое положеніе создалось подъ вліяніемъ ростанія общественнаго самосознанія и общественной самодѣятельности и выразилось въ признаніи за населеніемъ не только всегда несомнѣнной обязанности подчиненія, но и цѣлаго ряда правъ по отношенію къ государственной власти. Этотъ новый порядокъ, съ подробностями котораго намъ предстоитъ познакомиться ниже, представляетъ собою высшую исторически достигнутую степень проникновенія права въ систему государственной организаціи.

§ 43. СОСРЕДОТОЧЕНІЕ ПРАВОТВОРЕНІЯ ВЪ РУКАХЪ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887; A. Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum deutschen Staatsrecht, II. Bd., 2. Hft), 1888; Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetze, 1891; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl., 1901; Cohen, La loi et le règlement, 1903; Moreau, Le réglement administratif, 1902; Н. М. Коркуновъ, Указъ и законъ, 1894 г.; J. Lukas, Ueber die Gesetzespublikation in Oesterreich und dem deutschen Reiche, 1903; E. Bonnet, De la promulgation, étude de droit public, 1909; А. Д. Градовскій, О дѣйствіи законовъ во времени, Журн. Гражд. и Уголовн. Права, 1873 г., кн. 4-ая; Vareilles Sommières, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, 1893; М. П. Чубинскій, Обратное дѣйствіе уголовнаго закона, 1896 г. (перепечатано въ сборникѣ: «Статьи и рѣчи по вопросамъ уголовнаго права и процесса», 1906 г.); Ю. С. Гамбаровъ, Курсъ гражданскаго права, томъ I, Общая часть, 1911 г., стр. 267—329; бар. Б. Э. Нольде, Очеркъ международнаго частнаго права, приложеніе къ русскому переводу Фр. Листа, Международное право въ систематическомъ изложеніи, подъ ред. В. Э. Грабаря, 3-ье русское изданіе, 1912 г.; Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Gnaeus Flavius (Hermann U. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Rumpf, Gesetz und Richter, Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, 1906; Adalbert Düringer, Richter und Rechtsprechung, 1909; Ernst Stampe, Die Freirechtsbewegung, 1911; Fr. Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, IV. Band, 1910—1911; Ernst Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912; Carl Schmidt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912; І. А. Покровскій, Гражданскій судъ и законъ, Вѣстникъ Права, 1905 г., январь; Ф. Ельяшевичъ, Школа свободнаго права, Журн. Мин. Юст., 1910 г., № 9; И. С. Штейнбергъ, Движеніе въ пользу свободнаго права, Юридическія Записки, 1913 г., вып. XV—XVI, и отд. изд. 1914 г.; Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitsbewegung, 1913; І. А. Покровскій, Основныя проблемы гражданскаго права, 1916 г., глава V; І. А. Покровскій, «Прагматизмъ» и «релятивизмъ» въ правосудіи, Вѣстникъ Гражданск. Права, 1916 г., № 5; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очерки XIII и XIV; Eugen Ehrlich, Die juristische Logik, Tübingen, 1918; Gaston May, Introduction à la science du droit, 1920, leçon X.

I. Въ ученіи объ основныхъ источникахъ и видахъ положительнаго права (§ 17) мы разсматривали широкое понятіе закона въ матеріальномъ смыслѣ, какъ юридической нормы, устанавливаемой государственной властью. Въ этомъ широкомъ понятіи закона объединены всѣ акты прямого правотворенія государственной власти въ противоположность обычному праву, праву договорному, а также юридическимъ нормамъ, слагающимся въ судебной и всякой вообще государственной практикѣ. Уже тогда мы указали, что такое широкое понятіе закона подлежитъ расчлененію и дальнѣйшему спеціальному опредѣленію въ соотвѣтствіи съ осложненіемъ государственной организаціи и спецификаціей государственныхъ органовъ (см. выше, стр. 145), и что поэтому обстоятельное ученіе о законѣ мы можемъ дать только послѣ общаго ученія о государствѣ. Теперь этотъ моментъ наступилъ, и мы обращаемся къ ученію о законѣ.

Многообразіе жизненныхъ отношеній, на которыя постепенно распространилась юридическая регламентація со стороны государства, и постепенное осложненіе самой государственной организаціи привели къ тому, что правотворящіе акты государственной власти и соотвѣтствующіе имъ виды положительнаго права дифференцировались по силѣ ихъ дѣйствія и степени ихъ обязательности. Наиболѣе общимъ выраженіемъ этой дифференціаціи является дѣленіе всѣхъ правотворящихъ актовъ государственной власти на законы и указы.

Тѣсный, видовой, формальный смыслъ закона, въ противоположность указу, какъ другому виду государственнаго правотворенія, имѣетъ въ современномъ правовѣдѣніи терминологическое значеніе. Поэтому въ дальнѣйшемъ изложеніи мы и будемъ употреблять терминъ законъ въ его техническомъ, видовомъ, тѣсномъ, формальномъ смыслѣ.

Законъ представляетъ собою юридическую норму, надѣленную въ государствѣ верховной силой дѣйствія и высшей степенью обязательности. Отличительнымъ признакомъ закона является то, что онъ издается прямыми государственными органами и въ особомъ порядкѣ. Выдѣленіе этого особаго порядка находится въ связи съ дѣленіемъ функцій государственной власти на три основныя отрасли, — законодательство, судъ и управленіе, — и съ соотвѣтствующимъ этому дѣленію обособленіемъ, или раздѣленіемъ государственныхъ органовъ. Поэтому можно сказать, что законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственною властью въ законодательномъ порядкѣ. Получается idem per idem, но тавтологія является въ данномъ случаѣ неизбѣжной, потому что единственнымъ поддающимся точному учету отличительнымъ признакомъ закона оказывается формальный признакъ, — особый порядокъ изданія. Обратимся къ изученію этого порядка.

Въ процессѣ изданія закона можно различать четыре главныхъ момента: 1) инициативу (починъ), 2) обсужденіе и одобреніе, 3) санкцію и 4) промульгацію и обнародованіе.

1. Законодательная инициатива это право тѣхъ или другихъ государственныхъ органовъ вносить проектъ закона, который затѣмъ законодательные органы обязаны разсмотрѣть и обсудить. Законодательная

инициатива, какъ право компетентныхъ органовъ, отличается поэтому отъ фактическаго предложенія проекта закона частными и юридически некомпетентными лицами, — публицистами, учеными и т. п.

Наиболѣе распространеннымъ въ современныхъ государствахъ является порядокъ, согласно которому законодательная инициатива принадлежитъ какъ правительству, такъ и законодательнымъ палатамъ. Этотъ порядокъ былъ принятъ и у насъ въ Россіи до революціи.

Законодательная инициатива правительства осуществлялась у насъ по указанію Государя Императора министрами, которые вносили законопроекты въ Государственную Думу. Законодательная инициатива законодательныхъ палатъ проявлялась у насъ въ болѣе сложной процедурѣ. Объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующаго или изданіи новаго закона члены Государственной Думы или Государственнаго Совѣта подавали письменное заявленіе предсѣдателю Государственной Думы или Государственнаго Совѣта, по принадлежности. Къ заявленію объ измѣненіи дѣйствующаго или изданіи новаго закона долженъ былъ быть приложенъ проектъ основныхъ положеній предлагаемаго измѣненія въ законѣ или новаго закона съ объяснительною къ проекту запиской. Если заявленіе это было подписано не менѣе, чѣмъ тридцатью членами, то предсѣдатель вносилъ его на разсмотрѣніе Государственной Думы или Государственнаго Совѣта, по принадлежности. О днѣ слушанія въ Государственной Думѣ или въ Государственномъ Совѣтѣ заявленія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующаго или изданіи новаго закона извѣщались министры, къ предметамъ вѣдомства которыхъ заявленіе относилось, съ сообщеніемъ имъ копіи съ заявленія и относящихся къ нему приложеній, не позднѣе, какъ за мѣсяцъ до дня слушанія. Если Государственная Дума или Государственный Совѣтъ раздѣлялъ изложенныя въ заявленіи соображенія о желательности отмѣны или измѣненія дѣйствующаго или изданія новаго закона, то соотвѣтственный законопроектъ вырабатывался и вносился подлежащимъ министромъ въ Думу или въ Совѣтъ. Въ случаѣ отказа министра отъ составленія такого законопроекта Государственная Дума или Государственный Совѣтъ образовывали для его выработки комиссію изъ своей среды. Такая комиссія Государственной Думы или Государственнаго Совѣта и являлась непосредственнымъ субъектомъ права законодательной инициативы, предоставлявшагося у насъ законодательнымъ палатамъ. Выработавъ законопроектъ, думская или совѣтская комиссія вносила его въ свою палату, т. е. думская комиссія — въ Государственную Думу, совѣтская — въ Государственный Совѣтъ.

Соучастіе въ законодательной инициативѣ правительства и народнаго представительства обезпечиваетъ наиболѣе правильный ходъ законодательства. Благодаря инициативѣ правительства имѣется всегда возможность удовлетворить тѣ потребности въ законодательной регламентаціи, которыя обнаруживаются въ текущемъ управленіи. Путемъ инициативы законодательныхъ палатъ можетъ быть восполнено все то, чего не доглядитъ правительство, и можетъ быть дано то обновленіе законовъ, потребность котораго сознается обществомъ, но по тѣмъ или другимъ причинамъ не признается правительствомъ.

На первыхъ порахъ развитія конституціонной монархіи правительство, въ своемъ стремленіи удержать возможно больше власти въ своихъ рукахъ и предоставить возможно меньше участія во власти народу, сохраняло законодательную инициативу исключительно за собой и не предоставляло ея законодательнымъ палатамъ. Въ видѣ переживанія отъ первой четверти XIX столѣтія такой порядокъ сохранялся, нпр., въ Баденскомъ герцогствѣ до германской революціи 1918 года. Хотя у насъ въ Россіи законодательная инициатива принадлежала и правительству, и законодательнымъ палатамъ, тѣмъ не менѣе для послѣднихъ установленъ былъ, какъ мы видѣли выше, крайне сложный и затруднительный порядокъ возбужденія законодательной инициативы, въ чемъ выражалось подавляющее преобладаніе правительственныхъ элементовъ нашего дореволюціоннаго государственнаго строя и подавленіе имъ народнаго представительства. Въ качествѣ прямой противоположности можетъ быть приведенъ порядокъ, принятый въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, согласно которому законодательная инициатива принадлежитъ исключительно народному представительству (конгрессу) и не предоставлена правительству (исполнительной власти). Ограниченіе законодательной инициативы законодательными палатами явилось слѣдствіемъ прямолинейнаго примѣненія теоріи раздѣленія властей. Возникающія отсюда неудобства устраняются на практикѣ тѣмъ, что министры принимаютъ участіе въ комиссіяхъ законодательныхъ палатъ, и такимъ образомъ правительство получаетъ возможность проявленія фактической инициативы въ законодательствѣ.

Наконецъ, надлежитъ отмѣтить еще т. н. *народную инициативу*, какъ возможное въ условіяхъ современной государственности проявленіе непосредственной демократіи (см. выше, стр. 347) въ первоначальной стадіи процесса изданія закона. Народная инициатива заключается въ правѣ избирателей требовать отъ законодательныхъ палатъ изданія извѣстнаго закона или даже въ правѣ избирателей внести въ законодательныя палаты формальный законопроектъ. Для осуществленія этого права требуется, чтобы собралось положенное закономъ (конституціей) количество избирателей, которые только въ такомъ случаѣ правомочны выступать съ законодательной инициативой. До сихъ поръ народная инициатива существовала только въ небольшомъ количествѣ государствъ, главнымъ образомъ въ отдѣльныхъ государствахъ С.-А. Соединенныхъ Штатовъ. Въ послѣднее время она распространилась шире. Такъ, она установлена Германской Конституціей отъ 11 августа 1919 г. и Австрійской Конституціей отъ 1 октября 1920 г. Народная инициатива существуетъ наряду съ обычной законодательной инициативой правительства и народнаго представительства и сочетается съ этой послѣдней.

2. *Обсужденіе и одобреніе законопроекта составляетъ прямую и исключительную функцію законодательныхъ палатъ*, отчего онѣ и получаютъ названіе законодательныхъ учрежденій, *или законодательнаго корпуса*, какъ выражался Монтескье.

Различаются *двѣ системы законодательнаго корпуса*: *однопалатная* и *двухпалатная*. О значеніи одной и двухъ палатъ

съ точки зрѣнія формы государственнаго устройства мы уже говорили выше (см. стр. 347—348). Теперь намъ остается разсмотрѣть лишь движеніе законопроекта при той или другой системѣ. При однопалатной системѣ движеніе это идетъ просто, — одна палата обсуждаетъ законопроектъ и одобряетъ его или не одобряетъ, т. е. принимаетъ или отвергаетъ, что рѣшается голосованіемъ (votum). При двухпалатной системѣ возникаютъ два вопроса: 1) въ какой послѣдовательности по отношенію другъ къ другу палаты занимаются обсужденіемъ законопроекта, 2) какова участь законопроекта при разногласіи палатъ.

Что касается послѣдовательности, то въ видѣ общаго правила признается безразличнымъ, обсуждается и одобряется ли законопроектъ раньше въ нижней, потомъ въ верхней палатѣ, или наоборотъ. Исключеніе дѣлается только для бюджета (росписи государственныхъ доходовъ и расходовъ) и вообще для финансовыхъ законовъ, которые, по примѣру Англіи, обсуждаются сначала въ нижней палатѣ. Смыслъ этого исключенія заключается въ томъ, чтобы въ дѣлѣ налогового обложенія предоставить преимущество народному представительству или болѣе демократической палатѣ. Въ сочетаніи съ принятымъ въ Англіи обычаемъ, согласно которому верхняя палата не увеличиваетъ налогового обложенія, указанное преимущество обезпечиваетъ народному представительству рѣшающее значеніе въ дѣлѣ обремененія народа налогами.

У насъ въ Россіи послѣдовательность между двумя палатами въ дѣлѣ обсужденія и одобренія законопроектовъ установлена была на слѣдующихъ началахъ. Законопроекты, возникшіе въ порядкѣ иниціативы законодательныхъ палатъ, обсуждались раньше въ той изъ палатъ, изъ среды которой исходила законодательная иниціатива. Что же касается законопроектовъ, возникающихъ по иниціативѣ правительства, то они вносились министрами обязательно въ нашу нижнюю палату, — Государственную Думу, и только оттуда поступали на обсужденіе верхней палаты, — Государственнаго Совѣта. Такимъ образомъ у насъ было установлено нѣкоторое формальное преимущество Государственной Думы, съ которымъ впрочемъ не связывалось никакихъ преимуществъ по существу ни на основаніи закона, ни въ силу обычая. Формальное преимущество это важно было лишь въ томъ отношеніи, что правительственный законопроектъ, отвергнутый Государственной Думой, отпадалъ и не могъ быть внесенъ въ Государственный Совѣтъ.

Для дальнѣйшаго движенія законопроекта требуется непремѣнно одобреніе его обѣими палатами. Поэтому законопроектъ, отвергнутый одной палатой, въ другую палату уже не вносится. Осложненіе создается тогда, когда законопроектъ, принятый одной палатой, отвергается другой полностью или подвергается въ ней существеннымъ измѣненіямъ. Въ первомъ случаѣ законопроектъ, само собой разумѣется, отпадаетъ. Во второмъ случаѣ возможенъ двоякій исходъ конфликта: законопроектъ считается отвергнутымъ или же дѣлается еще особая попытка привести палаты къ соглашенію. Не перечисляя всѣхъ практикуемыхъ способовъ устраненія конфликтовъ между двумя палатами, упомянемъ лишь объ институтѣ согла-

сительныхъ комиссій, который до революціи былъ принятъ въ Португаліи, Саксоніи, Россіи и теперь сохранился въ Даніи и Испаніи.

Въ случаѣ измѣненій, внесенныхъ одной изъ палатъ, въ законопроектъ, раньше принятый другой палатой, образуется изъ членовъ обѣихъ палатъ по избранію согласительная комиссія. Если этой комиссіи удается прійти къ соглашенію, законопроектъ вторично разсматривается обѣими палатами и обыкновенно принимается ими въ томъ видѣ, какъ его предложила согласительная комиссія.

Изложенная выше система взаимоотношенія между законодательными палатами была основана на традиціонныхъ началахъ англійскаго конституціонализма и носила въ извѣстномъ смыслѣ классическій характеръ. Въ 1911 г. въ Англіи произведена была реформа палаты лордовъ, измѣнившая положеніе верхней палаты кореннымъ образомъ. Реформа эта прежде всего отняла у палаты лордовъ право отвергать бюджетъ, принятый палатой общинъ. Что же касается остальныхъ законовъ, то палата лордовъ имѣетъ право ихъ отвергать и возвращать въ палату общинъ только два раза. Если палата общинъ послѣ этого настаиваетъ на принятіи закона, а палата лордовъ отвергнетъ его въ третій разъ, законъ подносится королю на утвержденіе и помимо согласія на него палаты лордовъ. Такимъ образомъ верхняя палата лишена права участія въ одобреніи закона, равнаго съ нижней, и участіе ея въ законодательствѣ сводится лишь къ праву двукратнаго задержанія законопроекта.

Мысль о томъ, что верхней палатѣ предоставляется только право задержанія законопроекта, оказала вліяніе на новѣйшія конституціи послѣдняго времени. Онѣ изъ этой мысли сдѣлали тотъ выводъ, что верхней палатѣ предоставляется только право возраженія противъ рѣшеній нижней палаты. При этомъ указанное право возраженія со стороны верхней палаты имѣетъ не абсолютный, а относительный, — отлагательный характеръ, т. е. оно не отклоняетъ предложеннаго закона окончательно, а только отлагаетъ его окончательное принятіе до новаго разсмотрѣнія нижней палатой, и, если нижняя палата остается при своемъ первоначальномъ рѣшеніи, послѣднее, при соблюденіи извѣстныхъ указанныхъ въ конституціи условій, ведетъ къ окончательному принятію закона. Ограниченіе законодательной функціи верхней палаты правомъ представленія возраженій введено въ Германской Конституціи отъ 11 августа 1919 года, Австрійской — отъ 1 октября 1920 г. и Польской отъ 17 марта 1921 года.

3. Послѣ одобренія законопроекта законодательными палатами слѣдуетъ санкція (sanctio) [1], т. е. властное велѣніе, превращающее законопроектъ въ законъ, надѣленіе закона обязательной силой юридическаго дѣйствія, утвержденіе закона.

[1] Терминъ санкція употребляется также для обозначенія соединенія съ нарушеніемъ юридической нормы невыгодныхъ послѣдствій для ея нарушителя (см. выше стр. 77 и 230) и въ видѣ техническаго названія второй составной части нормъ уголовнаго права (см. стр. 117). Основнымъ слѣдуетъ признать значеніе санкціи, какъ установленія невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя (санкція можетъ обозначать и установленіе награды для исполнившаго норму; такую санкцію знаютъ нормы религіозно-нравственныя, но право не прибѣгаетъ къ ней). Такъ какъ въ такомъ установленіи видятъ существенный признакъ юридической нормы, то и самое утвержденіе закона называютъ санкціей.

Въ качествѣ самостоятельнаго момента въ процессѣ изданія закона, момента, отдѣляемаго отъ одобренія закона законодательными палатами, санкція выступаетъ въ ограниченной монархіи. Въ ней имѣются два прямыхъ государственныхъ органа: монархъ и народъ, участвующій во власти чрезъ посредство одной или двухъ палатъ. Соучастіе этихъ прямыхъ государственныхъ органовъ въ важнѣйшей области проявленія государственной власти, — въ законодательствѣ, — распредѣляется такимъ образомъ, что законодательнымъ палатамъ предоставляется обсужденіе и одобреніе, а монарху — утвержденіе закона.

Санкція представляетъ собою самый существенный моментъ въ изданіи закона. До ея наступленія нѣтъ еще закона. Одобренный законодательными палатами текстъ юридической нормы это только текстъ будущаго закона, который становится закономъ лишь въ силу и послѣ санкціонированія. Такъ какъ санкціонируетъ (утверждаетъ) законы монархъ, то отсюда слѣдуетъ, что монарху принадлежитъ рѣшающій голосъ, верховное значеніе въ законодательствѣ. Въ этомъ именно смыслѣ старая конституціонная доктрина учила, что волеизъявленія государственной власти получаютъ окончательное выраженіе чрезъ волеизъявленіе монарха, который завершаетъ процессъ образованія воли государства, какъ юридическаго лица, и ставитъ точку надъ *i*.

То, что монархъ своимъ утвержденіемъ завершаетъ процессъ образованія волеизъявленія государства въ законодательствѣ, не значитъ, что заключительное волеизъявленіе монарха само по себѣ и одно составляетъ волеизъявленіе государства. Для послѣдняго безусловно требуется предварительное волеизъявленіе законодательныхъ палатъ. Одобреніе законодательными палатами еще не создаетъ закона, но является необходимымъ условіемъ, только при наличности котораго возможна санкція. Не можетъ быть закона не только безъ санкціонированія его монархомъ, но и безъ предварительнаго одобренія его законодательными палатами. Это положеніе вполнѣ опредѣленно выражено въ нашихъ Основныхъ Законахъ, статья 86-ая которыхъ гласила: «Никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора.»

Въ иномъ видѣ изображается взаимоотношеніе между одобреніемъ законодательными палатами и утвержденіемъ закона монархомъ въ ученіи нѣмецкаго государствовѣда Лабанда (Laband). Соотношеніе двухъ указанныхъ моментовъ въ порядкѣ изданія закона Лабандъ сводитъ къ противоположенію содержанія закона (Gesetzesinhalt) и законодательнаго велѣнія (Gesetzesbefehl). Все значеніе одобренія закона законодательными палатами, по мнѣнію Лабанда, исчерпывается установленіемъ содержанія закона, составленіемъ закона, какъ опредѣленнаго логическаго сужденія, и не имѣетъ никакого касательства къ тому велѣнію, въ силу котораго сужденіе превращается въ обязательную норму права. Законодательное велѣніе принадлежитъ монарху безусловно, и изданіе закона опредѣляется исключительно санкціей.

Неправильность ученія Лабанда обнаружена была Іеллинекомъ, который вполнѣ основательно указалъ, что одобреніе законодательными палатами не исчерпывается установленіемъ содержанія закона, но составляетъ

необходимое условіе возможности его утвержденія. Если стать на точку зрѣнія Лабанда, то исчезнетъ различіе между совѣщательными при государѣ органами, которые устанавливали содержаніе закона въ неограниченной монархіи, и законодательными палатами, вотирующими законы въ монархіи конституціонной.

Санкціонированіе законовъ составляетъ функцію монарха, какъ прямого государственнаго органа, и въ этомъ смыслѣ является его правомъ. Съ точки зрѣнія интересовъ участія народа во власти особенное вниманіе привлекаютъ къ себѣ тѣ случаи, когда монархъ не утверждаетъ одобреннаго законодательными палатами законопроекта, когда монархъ, такъ сказать, запрещаетъ превратить этотъ законопроектъ въ законъ. Поэтому обычно говорятъ о принадлежности монарху не только права санкціи, т. е. законодательнаго утвержденія, но и права законодательнаго запрета, или, въ общепринятой латинской терминологіи, права veto (veto значитъ: запрещаю). При этомъ различаютъ безусловное и относительное veto монарха.

Безусловное (абсолютное) veto заключается въ томъ, что не утвержденное монархомъ постановленіе законодательныхъ палатъ отвергается окончательно для данной сессіи законодательныхъ палатъ и не можетъ быть въ теченіе той же сессіи вторично представлено на утвержденіе монарха. Относительное veto не отвергаетъ постановленія законодательныхъ палатъ сразу и окончательно, а только отлагаетъ ихъ превращеніе въ законъ, отчего относительное veto называется отлагательнымъ, или суспенсивнымъ (veto suspensif). При отлагательномъ veto не утвержденное монархомъ постановленіе законодательныхъ палатъ возвращается на повторное ихъ обсужденіе и, если послѣ повторнаго обсужденія оно принимается ими, то въ такомъ случаѣ оно необходимо получаетъ санкцію.

Общераспространенной является система безусловнаго veto; она дѣйствовала и у насъ въ Россіи. Изъ конституціонныхъ монархій нашего времени только одна Норвегія знаетъ относительное veto. Неутвержденіе норвежскимъ королемъ одобреннаго стортингомъ законопроекта отлагаетъ превращеніе его въ законъ дважды, но зато законопроектъ, принятый тремя очередными стортингами послѣ трехъ послѣдовательныхъ выборовъ, становится закономъ, если даже санкція короля не получится ранѣе конца сессіи.

При формальномъ признаніи принципа безусловнаго veto въ Англіи на самомъ дѣлѣ право veto совсѣмъ не осуществляется королемъ въ теченіе уже болѣе двухсотъ лѣтъ. Такимъ образомъ въ Англіи установился публичноправовой обычай, согласно которому король никогда не отказываетъ въ санкціи принятымъ палатами законамъ.

Въ республикахъ санкція не выступаетъ въ качествѣ особаго и самостоятельнаго момента въ процессѣ изданія закона. Въ республикахъ народъ является единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ и осуществляетъ законодательную власть черезъ народное представительство. Вслѣдствіе этого въ республикахъ постановленіе народнаго представительства (или самого народа при референдумѣ) содержитъ и обозначаетъ не только одобреніе, но и утвержденіе, санкцію закона, хотя послѣдняя и не выдѣлена въ самостоятельный моментъ. Послѣ вотума законодательныхъ палатъ, со-

держащаго въ себѣ и одобреніе, и утвержденіе закона, не требуется никакого утвержденія со стороны президента, являющагося подчиненнымъ государственнымъ органомъ. Президентъ только констатируетъ правомѣрное изданіе закона и обращаетъ его къ обнародованію. Такъ какъ, однако, въ положеніи президентовъ современныхъ республикъ сохранились нѣкоторыя черты прерогативы (преимущественныхъ правъ) монарха, то съ функціей обнародованія сочетается право нѣкоторыхъ президентовъ на отлагательное veto. Такое право принадлежитъ президенту французской республики и президенту Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Во Франціи въ теченіе мѣсячнаго срока, назначеннаго для обнародованія законовъ, президентъ республики можетъ въ мотивированномъ посланіи требовать отъ обѣихъ палатъ новаго обсужденія, въ которомъ не можетъ быть отказано. Законъ, принятый послѣ вторичнаго обсужденія, подлежитъ обнародованію уже безусловно. Суспенсивное veto президента С.-А. С. Штатовъ опредѣлено въ ихъ конституціи съ большей подробностью и точностью, чѣмъ во Франціи. Въ С.-А. С. Штатахъ всякій законопроектъ, прошедшій черезъ палату представителей и сенатъ, прежде чѣмъ превратиться въ законъ, долженъ быть представленъ президенту; если послѣдній одобритъ законопроектъ, онъ его подпишетъ, если же нѣтъ, то возвратитъ съ своими возраженіями въ палату, откуда законопроектъ исходитъ, каковая палата заноситъ эти возраженія полностью въ протоколъ и подвергаетъ законопроектъ пересмотру. Если послѣ пересмотра двѣ трети членовъ этой палаты будутъ согласны утвердить законопроектъ, то послѣдній, вмѣстѣ съ возраженіями президента, будетъ пересланъ въ другую палату, которою онъ снова будетъ разсмотрѣнъ, и если двѣ трети этой палаты его одобрятъ, то законопроектъ становится закономъ.

Нѣкоторыя изъ новѣйшихъ республикъ, возникшихъ послѣ великой войны и революціи, приняли суспенсивное veto президента. Особенно характерна постановка этого института по Германской конституціи 1919 года. Вето президента выражается здѣсь въ томъ, что въ случаѣ несогласія съ рѣшеніемъ законодательныхъ палатъ президентъ имѣетъ право передать законопроектъ на референдумъ (Volksentscheid). При разногласіи между самими законодательными палатами, президентъ можетъ назначить референдумъ. Если онъ этого не сдѣлаетъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ, то законъ признается несостоявшимся. Можно сказать, что въ этомъ случаѣ президенту германской республики предоставлено даже абсолютное veto.

Слѣдуетъ отмѣтить, что право возраженія, которымъ по новѣйшимъ республиканскимъ конституціямъ пользуются верхнія палаты, тоже представляетъ собою своеобразный видъ отлагательнаго veto. Особенно это относится къ Австрійской и Польской конституціямъ, которыя не знаютъ veto президента республики.

Мы сказали выше, что въ республикахъ санкція не выступаетъ въ качествѣ особаго и самостоятельнаго момента въ процессѣ изданія закона. Теперь мы должны указать, что иногда и въ республикахъ выступаетъ особый моментъ санкціи въ видѣ народной санкціи, осуществляемый путемъ референдума. Референдумъ носитъ характеръ нарочитой народной санкціи закона въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ производится для утвержденія

закона, принятаго законодательными палатами, по требованію президента республики, или опредѣленнаго количества избирателей, несогласныхъ съ рѣшеніемъ законодательныхъ палатъ. Такой референдумъ съ характеромъ народной санкціи закона предусмотрѣнъ Германской конституціей 1919 года.

4. Послѣдній моментъ въ порядкѣ изданія закона составляютъ промульгація и обнародованіе.

Промульгація (promulgation, Erklärung) есть актъ признанія компетентнымъ государственнымъ органомъ того, что законъ изданъ правильно согласно конституціи, и обращенія закона къ исполненію и обнародованію. Въ соотвѣтствіи съ этимъ промульгація сопровождается установленіемъ подлиннаго текста закона.

Обнародованіе (publication, Bekanntmachung v. Verkündigung) есть объявленіе закона во всеобщее свѣдѣніе, для того, чтобы его могли знать всѣ, отъ кого требуется подчиненіе новому закону.

Законъ вступаетъ въ дѣйствіе только послѣ обнародованія, что вполнѣ понятно, такъ какъ нельзя требовать отъ населенія подчиненія законамъ, которые не доведены до его свѣдѣнія, и содержаніе которыхъ, значитъ, ему неизвѣстно. Эта несомнѣнная и простая истина не всегда находила полное признаніе въ государственной организаціи. Въ эпоху полицейскаго государства и исключительно бюрократическаго правленія на населеніе смотрѣли только какъ на объектъ правительственнаго воздѣйствія и потому находили возможнымъ не доводить до свѣдѣнія населенія нѣкоторыхъ законовъ, опредѣляющихъ цѣли и пріемы правительственнаго воздѣйствія. Тогда то и имѣло мѣсто примѣненіе законовъ необнародованныхъ, причемъ таковыми оказывались главнымъ образомъ законы, опредѣляющіе функціи и компетенцію административныхъ органовъ. У насъ въ Россіи при старомъ порядкѣ до учрежденія народнаго представительства (Государственной Думы) допускалось дѣйствіе не обнародованныхъ законовъ, «тайнѣ подлежащихъ». Новые Основные Законы 1906 г. установили вполнѣ опредѣленное правило, согласно которому законы не приводятся въ дѣйствіе прежде обнародованія.

Промульгація подлежитъ вѣдѣнію главы государства, какъ монарха, такъ и президента республики. Въ практикѣ монархическихъ государствъ промульгація обыкновенно совпадаетъ съ санкціонированіемъ закона и содержится въ одномъ и томъ же актѣ. Въ республикахъ процедура промульгаціи совершается самостоятельно; съ нею связана возможность примѣненія того отлагательнаго veto, которое, какъ знаемъ, предоставляется президентамъ республикъ.

Обнародуются законы по повелѣнію монарха или президента республики соотвѣтственными учрежденіями, на которыя эта функція возложена. У насъ обнародованіе законовъ производилось Правительствующимъ Сенатомъ.

Обнародованіе совершается въ современныхъ государствахъ путемъ печатнаго объявленія закона во всеобщее свѣдѣніе въ спеціально для того предназначенномъ оффиціальномъ изданіи. У насъ въ Россіи такимъ изданіемъ являлось «Собраніе узаконеній и распоряженій правительства».

Необходимо сказать еще нѣсколько словъ о взаимоотношеніи между промульгаціей и обнародованіемъ закона. Въ послѣднее время извѣстный

французскій государствовѣдъ Дюги высказалъ мнѣніе, что только промульгація представляетъ собою юридическій актъ, которымъ устанавливается юридическая обязанность подчиненія новому закону. Что же касается обнародованія, то Дюги смотритъ на него исключительно какъ на фактъ публикаціи, который въ правовомъ отношеніи не прибавляетъ къ предшествовавшему акту промульгаціи рѣшительно ничего. Съ такимъ мнѣніемъ нельзя согласиться. Промульгація есть не болѣе какъ признаніе того, что процессъ составленія закона законченъ, что онъ совершенъ правильно, и что, слѣдовательно, новый законъ возникъ. Только обнародованіе вводитъ новый законъ въ дѣйствіе и устанавливаетъ общую правовую обязанность подчиненія новому закону. Поэтому обнародованіе не есть только фактъ, но и юридическій актъ спеціальнаго вполнѣ опредѣленнаго назначенія и значенія.

5. Законы издаются по отдѣльнымъ вопросамъ, выдвигаемымъ потребностями жизни, и регламентируютъ общественную жизнь, такъ сказать, по частямъ. Сверхъ такого правотворенія по частямъ государственная власть задается также цѣлью систематическаго объединенія накопившихся законовъ и систематическаго созиданія законовъ новыхъ. Такія систематическія и синтетизирующія задачи государственной власти въ области правотворенія осуществляются въ двоякомъ видѣ, — въ видѣ *инкорпораціи* и въ видѣ *кодификаціи*.

Инкорпорація представляетъ собою систематическое сведеніе наличныхъ законовъ и даетъ въ результатѣ *Corpus*, или *Сводъ*. Таковъ знаменитый Corpus iuris civilis, составленный Трибоньяномъ и изданный императоромъ Юстиніаномъ; таковъ и Сводъ законовъ Россійской Имперіи, составленный Сперанскимъ и изданный императоромъ Николаемъ I.

Кодификація это систематическое составленіе новыхъ законовъ по всей системѣ права или по отдѣльнымъ ея самостоятельнымъ частямъ; въ результатѣ его получается *codex*, или *уложеніе*. Въ прежнее время въ одномъ кодексѣ соединяли нѣсколько областей права, — право государственное, уголовное, гражданское. Таковы, напримѣръ, въ XVII вѣкѣ Уложеніе царя Алексѣя Михайловича и въ XVIII вѣкѣ Прусскій Ландрехтъ. Кодексы XIX столѣтія и новѣйшіе обнимаютъ собою обычно только одну какую либо область права. Таковы: французскій Гражданскій Кодексъ (Кодексъ Наполеона) 1804 г. (Code civil, Code Napoléon), Судебные Уставы императора Александра II 1864 г., Германское Гражданское Уложеніе (Bürgerliches Gesetzbuch, сокращенно B. G. B.) 1900 г., наше Уголовное Уложеніе 1903 года, утвержденное въ законодательномъ порядкѣ, но введенное въ дѣйствіе только въ отдѣльныхъ частяхъ своихъ.

Хотя инкорпорація состоитъ лишь въ собраніи и систематизаціи дѣйствующихъ законовъ и, слѣдовательно, не вводитъ въ законодательный матеріалъ, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, ничего новаго, ничего, что раньше не имѣло силы закона, тѣмъ не менѣе своды утверждаются въ законодательномъ порядкѣ, по крайней мѣрѣ, при первоначальномъ ихъ составленіи. Такъ обстояло дѣло съ изданнымъ въ 1832 году Сводомъ законовъ Россійской Имперіи, который былъ утвержденъ императоромъ Николаемъ I, «какъ положительный законъ». Законодательное утвержденіе

Свода являлось необходимымъ для того, чтобы узаконить внѣшнюю редакцію статей, текстъ которыхъ извлекался составителями изъ дѣйствующихъ законовъ.

Сводъ Законовъ представляетъ собою не законченную въ извѣстный моментъ, но обновляемую и систематически дополняемую инкорпорацію нашихъ законовъ. Обновленіемъ Свода являются два его полныхъ изданія, — 1842-го и 1857-го годовъ, а также большое число новыхъ изданій отдѣльныхъ его томовъ. Дополнялся Сводъ вновь выходящими узаконеніями посредствомъ Продолженій.

Полныя изданія Свода 1842-го и 1857-го годовъ не получили явно выраженнаго законодательнаго утвержденія, каковымъ было снабжено первое изданіе 1832 года, и потому текстъ этихъ изданій Свода не замѣнилъ собою текста законодательныхъ актовъ, вошедшихъ въ составъ Свода второго и третьяго изданій. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно позднѣйшихъ изданій отдѣльныхъ частей, или томовъ Свода, а также относительно дополняющихъ Сводъ Продолженій.

Изданія Свода Законовъ и Продолженій къ нему изготовлялись не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія (Государственной Канцеляріей). Отсюда слѣдуетъ, что обязательнымъ для примѣненія является, въ сущности говоря, не текстъ статей Свода и его Продолженій, а подлинный текстъ законовъ, изъ которыхъ извлечены статьи Свода. Въ случаѣ какихъ либо сомнѣній, возникающихъ при обычномъ на практикѣ пользованіи Сводомъ и его Продолженіями, необходимо обращаться къ первоисточнику, — подлинному тексту соотвѣтственнаго законодательнаго акта.

II. Кромѣ законовъ имѣется еще другой видъ прямыхъ актовъ правотворенія со стороны государственной власти. Это акты правотворенія не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія. Въ отличіе отъ законовъ они называются административными распоряженіями, или указами (по нѣмецки Verordnung въ отличіе отъ Gesetz, по французски, réglement administratif въ отличіе отъ loi.)

Терминомъ распоряженіе мы пользуемся для обозначенія юридическаго дѣйствія государственнаго органа (см. выше, стр. 132). Поэтому намъ неудобно называть правотворящіе акты государственныхъ органовъ въ порядкѣ управленія административными распоряженіями, такъ какъ такое словоупотребленіе легко могло бы повести къ смѣшенію нормативнаго факта съ юридическимъ, что не допустимо (см. выше, стр. 138—139). Во избѣжаніе отмѣченнаго неудобства мы предпочитаемъ терминъ указъ для обозначенія правотворящихъ актовъ государственной власти въ порядкѣ управленія.

Какъ намъ уже извѣстно, въ XVI и XVII вѣкахъ указъ служилъ общимъ и единственнымъ названіемъ для обозначенія правотворящихъ актовъ московскихъ государей. Въ XVIII столѣтіи установился терминъ: законъ, но сохранился и указъ, причемъ они употреблялись безразлично. Только въ XIX столѣтіи стало обнаруживаться въ нашей государственной практикѣ нѣкоторое стремленіе различать законъ и указъ въ качествѣ двухъ видовъ государственнаго правотворенія, — въ порядкѣ законодатель-

номъ и въ порядкѣ управленія. Стремленіе это проявлялось на дѣлѣ слабо, непослѣдовательно и неустойчиво. Тѣмъ не менѣе оно было подмѣчено Н. М. Коркуновымъ, который на этомъ основаніи сталъ противополагать указъ закону и предложилъ названіе указа въ качествѣ спеціальнаго термина для обозначенія правотворящихъ актовъ государственной власти въ порядкѣ управленія. Такая терминологія понемногу прививается въ русскомъ правовѣдѣніи, и мы будемъ ея придерживаться.

Указы, т. е. акты правотворенія государственной власти въ порядкѣ управленія, издаются въ ограниченной монархіи какъ прямыми государственными органами, такъ и посредствующими, въ республикѣ — только посредствующими. Въ ограниченной монархіи указы издаются монархомъ, прямымъ государственнымъ органомъ, и затѣмъ посредствуюшими органами, — министрами, вѣдающими центральное управленіе, затѣмъ правительственными органами мѣстнаго управленія (губернаторами) и органами мѣстнаго самоуправленія (городскими думами и земскими собраніями). Въ республикѣ указы издаются президентомъ, который, и въ качествѣ главы государства, является все же посредствующимъ государственнымъ органомъ, хотя и высшимъ, и затѣмъ министрами, а также органами мѣстнаго правительственнаго управленія и самоуправленія. Издаваемые всѣми перечисленными государственными органами указы регламентируютъ различныя юридическія отношенія населенія и, слѣдовательно, устанавливаютъ нормы общаго поведенія, подобно законамъ.

Указы отличаются отъ законовъ не только порядкомъ изданія, но и по силѣ своего дѣйствія. Законы устанавливаютъ юридическія нормы высшаго порядка, указы — нормы порядка подчиненнаго. Подчиненіе указовъ законамъ выражается въ томъ, что указы издаются только въ предѣлахъ, установленныхъ законами, и по содержанію своихъ предписаній не могутъ противорѣчить законамъ. Предѣлы дѣйствія указовъ устанавливаются путемъ законодательнаго опредѣленія компетентнаго органа для изданія указовъ тѣхъ вопросовъ, которые подлежатъ указной регламентаціи, и той внѣшней формы, въ которую указы должны быть облечены. Такъ какъ указы издаются различными органами, то законъ точно опредѣляетъ особую компетенцію каждаго изъ нихъ для указной дѣятельности. Указъ, изданный по вопросу, не подлежащему указной регламентаціи и требующему для своего рѣшенія законодательнаго порядка, равно изданный не компетентнымъ органомъ или же не въ предписанной закономъ формѣ, является юридически недѣйствительнымъ и потому не обязательнымъ для исполненія. Точно также юридически не дѣйствителенъ и потому не обязателенъ для исполненія всякій указъ, который по содержанію своему нарушаетъ законъ или ему противорѣчитъ. Такимъ образомъ отношеніе указа къ закону опредѣляется какъ подчиненіе закону, или подзаконность. Изъ этого общаго отношенія возможно изъятіе, о которомъ рѣчь будетъ ниже.

Среди указовъ особенное значеніе принадлежитъ указамъ, издаваемымъ монархомъ и извѣстнымъ подъ названіемъ указовъ, издаваемыхъ въ порядкѣ верховнаго управленія, или Высочайшихъ указовъ. Въ видѣ общаго правила и эти указы признаются подзаконными, но они то именно и допускаютъ изъятіе изъ общаго отношенія указа къ закону. Изъятіемъ въ данномъ случаѣ являются т. н. чрезвычайные указы (Nothverord-

nungen — указы въ случаѣ крайней необходимости). Чрезвычайными называются указы, издаваемые монархомъ по вопросамъ, требующимъ законодательной регламентаціи, но при исключительныхъ условіяхъ, при которыхъ нормальный законодательный порядокъ оказывается непримѣнимымъ. Такими исключительными условіями признаются: съ одной стороны, отсутствіе собранія законодательныхъ палатъ вслѣдствіе перерыва ихъ занятій или истеченія ихъ полномочій; съ другой стороны, наступленіе какихъ либо чрезвычайныхъ обстоятельствъ государственной жизни, каковы, напр., война, народныя бѣдствія, эпидеміи, бунты, возстаніе и т. п., которыя требуютъ немедленнаго установленія подобающихъ имъ юридическихъ нормъ. При наличности обоихъ указанныхъ исключительныхъ условій издаются чрезвычайные указы съ изъятіемъ ихъ изъ общаго правила о подзаконности указовъ. Чрезвычайные указы замѣняютъ законы и становятся на ихъ мѣсто. Однако сила закона принадлежитъ чрезвычайнымъ указамъ только временно. Чрезвычайные указы подлежатъ въ теченіе опредѣленнаго срока внесенію въ законодательныя палаты и сохраняютъ свое дѣйствіе впредь до отклоненія или утвержденія ихъ въ законодательномъ порядкѣ: въ первомъ случаѣ дѣйствіе ихъ прекращается, во второмъ смѣняется дѣйствіемъ выросшаго изъ нихъ закона. Дѣйствіе чрезвычайныхъ указовъ прекращается также вслѣдствіе невнесенія ихъ правительствомъ въ теченіе указаннаго въ законѣ срока на обсужденіе законодательныхъ палатъ.

Чрезвычайные указы примѣнялись главнымъ образомъ въ дуалистическихъ конституціонныхъ монархіяхъ, въ которыхъ монархъ и его правительство сохраняли за собой значительную область самостоятельной власти.

У насъ въ Россіи условія и порядокъ изданія, а также сила дѣйствія чрезвычайныхъ указовъ были опредѣлены въ статьѣ 87-ой Основныхъ Законовъ слѣдующимъ образомъ: «Во время прекращеній занятій Государственной Думы, если чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, Совѣтъ Министровъ представляетъ о ней Государю Императору непосредственно. Мѣра эта не можетъ, однако, вносить измѣненій ни въ Основные Государственные Законы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или въ Думу. Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если подлежащимъ Министромъ или Главноуправляющимъ отдѣльною частью не будетъ внесенъ въ Государственную Думу въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ, или его не примутъ Государственная Дума или Государственный Совѣтъ».

На практикѣ наше правительство не считалось съ тѣмъ, имѣются ли на лицо требуемыя Основными Законами «чрезвычайныя обстоятельства», и пользовалось всякимъ прекращеніемъ занятій Государственной Думы, для изданія временныхъ законовъ. Мало того, былъ случай, когда правительство намѣренно прекращало занятія Государственной Думы, чтобы издать указы въ порядкѣ ст. 87-ой. Въ этомъ сказывался показной, мнимый характеръ нашего конституціонализма (Scheinkonstitutionalismus).

Примѣнительно къ указамъ посредствующихъ государственныхъ органовъ, или т. н. указамъ подчиненнаго управленія, начало подзаконности

указовъ не допускаетъ никакихъ изъятій. Мало того, дѣйствіе указовъ подчиненнаго управленія опредѣляется не только началомъ подзаконности, но и началомъ іерархическаго подчиненія, дѣйствующимъ въ строѣ административныхъ органовъ. Указы подчиненнаго управленія не должны противорѣчить не только законамъ, но и указамъ верховнаго управленія; далѣе, указы различныхъ административныхъ органовъ должны сообразоваться съ указами высшихъ надъ ними учрежденій. Указы органовъ мѣстнаго правительственнаго управленія не могутъ противорѣчить указамъ органовъ центральнаго управленія.

Возвращаясь къ основному и общему различію между законами и указами, мы видимъ, что различіе это — формальное, и выражается оно въ различныхъ порядкахъ правотворенія. Одинъ порядокъ создаетъ законы, другой указы. Различные порядки правотворенія государственной власти являются однако не порядками дѣлопроизводства, но особыми порядками дѣйствія различныхъ элементовъ государственной власти. Законодательный порядокъ знаменуетъ собою порядокъ правотворенія при участіи народнаго представительства; указный порядокъ это правотвореніе властью монарха, правительства и мѣстнаго самоуправленія. Соотношеніемъ сферъ законодательства и указной дѣятельности въ порядкѣ верховнаго управленія опредѣляется степень дѣйствительнаго обобществленія власти въ ограниченной монархіи.

Въ государствахъ парламентарныхъ, въ отличіе отъ дуалистическаго конституціонализма, сфера, предоставленная указной регламентація, весьма ограничена. Парламентарныя государства совсѣмъ не знаютъ чрезвычайныхъ указовъ и обыкновенные указы допускаютъ въ весьма ограниченномъ размѣрѣ, — только поскольку они нужны для примѣненія закона, и всякій разъ на основаніи спеціальнаго законодательнаго полномочія.

Формальному различію между закономъ и указомъ соотвѣтствуетъ, само собою разумѣется, и матеріальное различіе между ними по содержанію. Несомнѣнно, что законы регулируютъ болѣе важныя отношенія, указы — менѣе важныя. Однако, точно опредѣлить это различіе по содержанію въ высшей степени трудно, такъ какъ на него вліяетъ цѣлый рядъ обстоятельствъ политической жизни. Трудность такого опредѣленія сказывается съ особенной силой примѣнительно къ законамъ и указамъ верховнаго управленія. Компетенція указной дѣятельности монарха зависитъ отъ размѣра исключительныхъ его правъ на власть, или т. н. монархической прерогативы, проявляющейся въ ограниченныхъ монархіяхъ то въ большей, то въ меньшей степени. Указы верховнаго управленія регламентируютъ нерѣдко весьма важныя отношенія, на которыя не простирается участіе народа во власти въ силу особыхъ историческихъ условій развитія даннаго государственнаго строя.

Въ наши дни приходится говорить о дуалистическомъ конституціонализмѣ какъ о чемъ то минувшемъ или далекомъ, потому что вслѣдствіе великой войны и революціи дуалистическая монархія исчезла въ Европѣ и остается еще только въ далекой Японіи.

По содержанію указы являются нерѣдко только болѣе подробнымъ развитіемъ положеній закона, расчитаннымъ на примѣненіе его въ извѣстныхъ преходящихъ и особенныхъ условіяхъ времени и мѣста. Необ-

ходимость обособленія такого рода исполнительныхъ указовъ верховнаго управленія отъ законовъ сказывается и въ неограниченной монархіи. Сообразно этому и въ ней устанавливаются особые порядки изданія законовъ и указовъ верховнаго управленія. Такъ какъ и тѣ, и другіе издаются въ неограниченной монархіи единоличной властью монарха, то различіе между законодательнымъ и указнымъ порядкомъ сводится въ ней къ различію формъ дѣлопроизводства, которыя непрестанно нарушаются. Дѣйствительное разграниченіе закона и указа верховнаго управленія достигается только при установленіи народнаго представительства.

Указы подчиненнаго управленія по содержанію своему сводятся преимущественно къ типу исполнительныхъ указовъ, облегчающихъ примѣненіе законовъ. Указы органовъ мѣстнаго самоуправленія по содержанію ограничиваются регламентаціей мѣстныхъ, преимущественно хозяйственныхъ интересовъ.

III. Законодательство представляетъ собою высшую степень установленія положительности юридическихъ нормъ. Въ самомъ дѣлѣ, позитивація права заключается ни въ чемъ иномъ, какъ въ точномъ и, такъ сказать, наглядномъ установленіи внѣшнихъ, легко распознаваемыхъ признаковъ обязательности юридической нормы. Законъ болѣе всего и лучше всего удовлетворяетъ этому требованію. Когда мы имѣемъ дѣло съ юридическимъ обычаемъ, то не всегда бываетъ ясно, дѣйствуетъ ли данная обычноправовая норма или потеряла свою обязательную силу; если окажется вѣрнымъ послѣднее, то возникаетъ новый вопросъ, съ какого момента стала дѣйствовать смѣнившая ее новая обычноправовая норма, и отвѣтить на этотъ вопросъ весьма не легко; наконецъ, въ виду партикуляризма обычнаго права немалое затрудненіе вызываетъ установленіе территоріальныхъ предѣловъ дѣйствія юридическихъ обычаевъ, гдѣ кончаются обычаи одной мѣстности, и начинаются обычаи другой мѣстности. Всѣ указанныя и подобныя имъ затрудненія возникаютъ и при примѣненіи нормъ, установленныхъ судебной и всякаго рода иной государственной практикой. Напротивъ того, при примѣненіи закона, подобныя затрудненія отпадаютъ, потому что въ законѣ всѣ моменты позитивації отмѣчаются точно, наглядно и, такъ сказать, осязательно. Благодаря этому, создаются точныя правила о дѣйствіи закона во времени и въ пространствѣ.

1. Въ прежнее старое время (даже въ XVI вѣкѣ), когда государственная власть не дошла еще до полнаго сознанія и утвержденія своей правотворящей функціи, дѣйствіе закона во времени не признавалось непосредственнымъ и ставилось въ зависимость отъ укрѣпленія его практикой (т. н. usuroboratio legis). За закономъ признавали безусловную обязательную силу лишь послѣ того, какъ онъ привился, такъ сказать, на практикѣ.

Съ окончательнымъ сознаніемъ и утвержденіемъ государственной властью своей правотворящей функціи дѣйствіе закона стало непосредственнымъ. По общему правилу дѣйствіе закона начинается съ момента его обнародованія. Техническія условія обнародованія требуютъ однако дальнѣйшаго еще болѣе точнаго опредѣленія начальнаго момента дѣйствія закона.

Законы публикуются въ оффиціальныхъ изданіяхъ. Для дѣйствительнаго обнародованія, т. е. для дѣйствительнаго обезпеченія возможности всѣмъ подчиненнымъ государственнымъ органамъ и всему населенію узнать объ изданномъ законѣ, не достаточно, само собою разумѣется, пропечатаніе закона въ оффиціальномъ изданіи, выходящемъ въ свѣтъ въ столицѣ. Необходимо, чтобы экземпляры изданія получены были на мѣстахъ по всей территоріи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ возможны двѣ системы опредѣленія начальнаго момента дѣйствія закона: 1) законъ вступаетъ въ дѣйствіе съ момента полученія на мѣстѣ оффиціальнаго изданія, въ которомъ обнародываются законы, или 2) законъ вступаетъ въ дѣйствіе по истеченіи заранѣе разъ на всегда установленнаго въ законодательномъ порядкѣ срока, причемъ срокъ принятъ такой, чтобы въ теченіе его экземпляры оффиціальнаго изданія всегда могли прійти на мѣста. Вторая система представляется болѣе совершенной. Она принята въ цѣломъ рядѣ европейскихъ государствъ, причемъ срокъ между обнародованіемъ и вступленіемъ закона въ силу (т. н. vacatio legis) положенъ въ разныхъ государствахъ различный: въ Германіи въ 14 дней, въ Австріи въ 45 дней, въ Норвегіи въ 28 дней, въ Голландіи въ 20 дней, въ Италіи въ 15 дней, въ Бельгіи въ 10 дней, въ Даніи въ 8 дней.

У насъ въ Россіи, несмотря на громадность территоріи, недостаточную развѣтвленность и крайнюю медленность почтовыхъ сообщеній, не былъ установленъ срокъ для одновременнаго повсемѣстнаго вступленія закона въ дѣйствіе. Начальнымъ моментомъ дѣйствія закона у насъ признавался день полученія на мѣстѣ Собранія узаконеній и распоряженій правительства.

Изъ общаго правила о дѣйствіи закона только съ момента обнародованія нашъ государственный порядокъ допускалъ изъятіе. Такъ, у насъ въ самомъ издаваемомъ законѣ могло быть указано на обращеніе его, до обнародованія, къ исполненію по телеграфу или посредствомъ нарочныхъ. Подъ обнародованіемъ разумѣется при этомъ опубликованіе закона по указу Правительствующаго Сената въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Этотъ общій порядокъ обнародованія въ указанномъ случаѣ замѣнялся спеціальнымъ телеграфнымъ или чрезъ нарочныхъ оповѣщеніемъ государственныхъ органовъ о новомъ законѣ и немедленномъ обращеніи его въ дѣйствіе.

Въ особенно важныхъ случаяхъ, при большихъ преобразованіяхъ или при введеніи новыхъ кодексовъ, устанавливается особый и болѣе продолжительный срокъ, съ котораго полагается введеніе закона въ дѣйствіе. Такого рода срокъ былъ, напримѣръ, указанъ при законодательномъ утвержденіи у насъ Судебныхъ Уставовъ императора Александра II или въ Германіи при изданіи новаго Гражданскаго Уложенія. Наши Основные Законы (ст. 93) спеціально оговаривали, что законъ получаетъ обязательную силу со времени, назначеннаго для того въ самомъ законѣ срока.

Бываютъ случаи, когда законъ издается, но введеніе его въ дѣйствіе при самомъ его утвержденіи отлагается на неопредѣленное время впредь до воспослѣдованія особаго законодательнаго постановленія по этому вопросу. Такъ было дѣло съ нашимъ новымъ Уголовнымъ Уложеніемъ 1903 года, которое было введено въ дѣйствіе только въ незначительной

своей части, а во всемъ остальномъ содержаніи введеніе его въ дѣйствіе было отложено и такъ и не послѣдовало до самой революціи.

Новый законъ отмѣняетъ и смѣняетъ старый съ начальнаго момента своего дѣйствія. При законодательныхъ преобразованіяхъ, крупныхъ по размѣрамъ и рѣшительныхъ по принципамъ, такая непосредственная смѣна оказывается нерѣдко затруднительной и нежелательной. Въ такихъ случаяхъ издаются особые временные законы переходнаго времени. Такой порядокъ имѣлъ, напримѣръ, мѣсто у насъ при освобожденіи крестьянъ и изданіи Положенія о крестьянахъ 19 февраля 1861 года.

Съ начальнаго момента своего дѣйствія законъ дѣйствуетъ на будущее время и не распространяется на прошлое. Общимъ правиломъ признается то, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія. Это значитъ, что юридическія отношенія, возникшія согласно старому закону, сохраняютъ свою обязательную силу и при новомъ законѣ и подлежатъ исполненію согласно закону старому. Примѣръ: умираетъ безъ завѣщанія отецъ при дѣйствіи закона о наслѣдованіи, согласно которому наслѣдуютъ по закону сыновья, а дочерямъ выдѣляются указныя части; на другой день послѣ смерти наслѣдодателя вступаетъ въ силу новый законъ, допускающій къ наслѣдованію сыновей и дочерей въ равныхъ доляхъ; черезъ мѣсяцъ послѣ смерти наслѣдодателя сынъ и дочь его обращаются въ судъ съ просьбой объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства; судъ утвердитъ ихъ не по новому закону, а по старому, подъ дѣйствіемъ котораго въ моментъ смерти наслѣдодателя возникли ихъ наслѣдственныя права.

Отсутствіе у закона обратнаго дѣйствія (la non-rétroactivité de la loi, какъ говорятъ французы) вполнѣ понятно съ формально-логической точки зрѣнія. Для всякаго очевидно, что нельзя примѣнять къ юридическимъ отношеніямъ того закона, который не дѣйствовалъ въ моментъ ихъ возникновенія. Кромѣ формально-логическаго основанія правило, согласно которому законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, опирается на глубокое соціальное основаніе, именно, на необходимость сохраненія пріобрѣтенныхъ субъективныхъ правъ. Въ силу сдѣлки, заключенной согласно дѣйствующимъ законамъ, или на основаніи закономѣрныхъ фактовъ, я пріобрѣтаю опредѣленныя субъективныя права: право собственности, право на обратное полученіе данной взаймы денежной суммы и процентовъ, право наслѣдованія и т. п. Если бы всякій новый законъ, измѣняющій данную сдѣлку, устанавливающій новый порядокъ наслѣдованія, имѣлъ обратное дѣйствіе, онъ нарушалъ бы мои пріобрѣтенныя права и этимъ подрывалъ бы устойчивость правового и экономическаго оборота. Отсутствіе у закона обратнаго дѣйствія представляетъ собою ничто иное, какъ обезпеченіе пріобрѣтенныхъ субъективныхъ правъ. Слѣдуетъ при этомъ имѣть въ виду, что обезпечиваются только пріобрѣтенныя права, а не возможность ихъ пріобрѣтенія. Новый законъ о порядкѣ наслѣдованія практически наноситъ ущербъ тѣмъ лицамъ, которыя признавались наслѣдниками по старому закону и въ виду ожидаемой со дня на день смерти наслѣдодателя чувствовали себя уже обладателями его имущества; смерть наслѣдодателя послѣдовала на другой день послѣ вступленія въ силу новаго закона, и лица, отъ рожденія считавшіяся будущими наслѣдниками, отпадаютъ; фактически они потеряли, быть можетъ, цѣлое состояніе, но

юридически никакого вреда имъ не причинено, ибо право на наслѣдство пріобрѣтается лишь въ моментъ смерти наслѣдодателя.

Пріобрѣтенныя права признаются и охраняются только въ частномъ правѣ. Въ публичномъ правѣ подобнаго вопроса не возникаетъ, такъ какъ всѣ субъективныя публичныя права предоставлены отдѣльнымъ лицамъ въ интересахъ общегосударственныхъ и съ измѣненіемъ закона отпадаютъ сами собой. Сословныя привилегіи съ отмѣной соотвѣтственныхъ законовъ отпадаютъ, и ихъ лишаются всѣ, ранѣе законно ихъ пріобрѣтшіе. При измѣненіи избирательнаго закона прежніе избиратели не сохраняютъ своихъ правъ и т. д.

Правило о томъ, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, примѣняется въ уголовномъ правѣ не полностью, какъ въ частномъ правѣ, а съ извѣстнымъ отъ него отступленіемъ. Это отступленіе проявляется въ томъ, что уголовный законъ, устанавливающій за преступленіе болѣе мягкое наказаніе, имѣетъ обратную силу, т. е. примѣняется и къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, которыя учинены были до изданія этого закона и при дѣйствіи стараго закона съ болѣе строгимъ наказаніемъ. Преступнымъ почитается только то дѣяніе, которое признано таковымъ въ законѣ, дѣйствующемъ въ моментъ учиненія дѣянія (nullum crimen sine lege). Вслѣдствіе этого, когда какое либо дѣяніе было учинено въ то время, когда оно по закону не почиталось преступнымъ, а затѣмъ былъ изданъ законъ, обложившій это дѣяніе наказаніемъ, этотъ новый законъ не простирается на то дѣяніе и учинитель послѣдняго не можетъ быть осужденъ и наказанъ. Въ этомъ проявляется отсутствіе у уголовнаго закона обратнаго дѣйствія. Если дѣяніе учинено при дѣйствіи закона, который почиталъ его преступнымъ и облагалъ наказаніемъ, а судится это дѣяніе при дѣйствіи закона, который не почитаетъ его преступнымъ и не облагаетъ наказаніемъ, то и въ этомъ случаѣ учинитель дѣянія не можетъ быть осужденъ и наказанъ, но здѣсь уже дѣйствуетъ не старый законъ, а новый правовой порядокъ, распространенный на прошлое время и, слѣдовательно, проявляется обратное дѣйствіе закона въ уголовномъ правѣ. Такое же обратное дѣйствіе примѣняется и къ тѣмъ случаямъ, когда дѣяніе совершено при дѣйствіи стараго закона, а судится при дѣйствіи закона новаго, который также почитаетъ дѣяніе преступнымъ, но облагаетъ его менѣе строгимъ наказаніемъ. Если же въ подобномъ случаѣ новый законъ устанавливаетъ болѣе строгое наказаніе, то примѣняется законъ старый согласно правилу о томъ, что законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ. Приведенныя отступленія отъ правила объ отсутствіи обратнаго дѣйствія закона въ уголовномъ правѣ вполнѣ основательны и понятны. Если государственная власть перестала почитать извѣстное дѣяніе преступнымъ или же перешла къ менѣе строгому наказанію за извѣстное преступное дѣяніе, то было бы и не цѣлесообразно, и несправедливо продолжать примѣненіе уголовной репрессіи, уже отмѣненной, или же наложеніе наказанія, которое самъ законодатель призналъ чрезмѣрнымъ.

Какъ видимъ, взаимное отношеніе между областью примѣненія правила о томъ, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, и областью отступленій отъ него въ уголовномъ правѣ таково, что возможны и одинаково обоснованы два слѣдующихъ утвержденія: 1) отсутствіе обратнаго дѣйствія

уголовнаго закона есть общее правило, а случаи его обратнаго дѣйствія исключены изъ этого правила, 2) обратное дѣйствіе уголовнаго закона есть общее правило, а отсутствіе такого дѣйствія представляетъ собою исключеніе изъ этого правила. Второе изъ приведенныхъ утвержденій кажется даже болѣе правильнымъ, потому что уголовное право относится вѣдь къ праву публичному, которое не знаетъ пріобрѣтенныхъ субъективныхъ правъ и соотвѣтственно этому не признаетъ правила, что законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ, но простираетъ силу всякаго новаго закона одинаково на всѣ отношенія, существующія къ моменту изданія новаго закона, хотя бы эти отношенія произошли изъ фактовъ, болѣе раннихъ, относящихся ко времени дѣйствія стараго закона.

Русское законодательство признаетъ общее правило, согласно которому законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, но допускаетъ изъ него изъятіе. Законъ имѣетъ у насъ обратное дѣйствіе въ двухъ случаяхъ: 1) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, и 2) когда въ законѣ сказано, что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго. Второй случай имѣетъ въ виду т. н. легальное толкованіе. Законы, содержащіе въ себѣ только толкованіе прежнихъ законовъ, выдѣляются нѣкоторыми теоретиками въ особый видъ интерпретативныхъ (interpretatio = толкованіе) законовъ. Такъ какъ легальное толкованіе представляетъ собою ничто иное, какъ новый законъ (см. выше, стр. 204), то второй изъ приведенныхъ случаевъ по существу совпадаетъ съ первымъ, и названіе новаго закона разъясненіемъ дѣйствующаго представляетъ собою только своеобразную форму выраженія постановленія объ обратномъ дѣйствіи.

Конецъ дѣйствія закона наступаетъ при формальной отмѣнѣ его въ законодательномъ порядкѣ, обычно соединяемой съ изданіемъ новаго закона.

Въ тѣ времена, когда законодательная функція государственной власти еще не упрочилась окончательно, и для признанія дѣйствія закона требовалось укрѣпленіе его практикой (usuroboratio legis), дѣйствіе закона могло прекратиться въ силу непримѣненія его на практикѣ (desuetudine). Въ старину говорили объ отмѣнѣ закона desuetudine, и въ наше время тоже ставятъ вопросъ объ этомъ (см. выше, стр. 155). При современномъ безусловномъ господствѣ закона объ отмѣнѣ закона desuetudine съ точки зрѣнія дѣйствующаго права не можетъ быть рѣчи. Несомнѣнно встрѣчаются законы, которые вслѣдствіе долгаго и, такъ сказать, упорнаго непримѣненія фактически не дѣйствуютъ. Однако законы эти формально сохраняютъ силу дѣйствія, пока они не отмѣнены въ законодательномъ порядкѣ. Законы эти давно уже, быть можетъ, вычеркнуты изъ общественнаго правосознанія и изгладились изъ памяти, но достаточно одного требованія заинтересованнаго лица или органа государственной власти, чтобы законъ былъ извлеченъ изъ пыли забвенія и приведенъ въ дѣйствіе судомъ или другимъ компетентнымъ учрежденіемъ. Практика знаетъ не мало курьезныхъ случаевъ въ этомъ отношеніи. Нерѣдко примѣненіе давно вышедшаго изъ употребленія какого либо архаическаго закона оказывается поводомъ къ формальной отмѣнѣ его въ законодательномъ порядкѣ.

2. Дѣйствіе закона въ пространствѣ устанавливается на тѣхъ же началахъ, что и дѣйствіе государственной власти, т. е. въ предѣлахъ государственной территоріи, являющейся вообще предѣломъ державной власти государства (см. выше, стр. 280).

Начало территоріальнаго дѣйствія закона явилось слѣдствіемъ новой централизованной государственности, которая окончательно сложилась къ началу XVI вѣка. До этого въ средніе вѣка господствовалъ другой принципъ, именно, — принципъ персональнаго, или личнаго дѣйствія закона (système de la personalité des lois, Prinzip der persönlichen Rechte). Свободный человѣкъ имѣлъ право всюду жить по своимъ роднымъ національнымъ законамъ, которые соотвѣтствовали его происхожденію и потому назывались leges originis. Отсюда проистекали всѣ тѣ привилегіи, которыми во всѣхъ средневѣковыхъ государствахъ пользовались иностранныя колоніи, или факторіи, а также инородческія общины. Привилегіи эти заключались въ томъ, что указаннымъ колоніямъ, факторіямъ и общинамъ спеціально предоставлялось право жить по своимъ національнымъ законамъ (lege originis). Да и граждане одного и того же государства, принадлежащіе къ различнымъ народностямъ или племенамъ, жили по различнымъ національнымъ законамъ. Принципъ личнаго дѣйствія закона создалъ въ средніе вѣка спеціальный судебный институтъ, т. н. professiones iuris (исповѣданіе права). Онъ состоялъ въ томъ, что судья спрашивалъ каждую изъ сторонъ, по какому закону ты живешь (sub qua lege vivis)? Отвѣчая на этотъ вопросъ, стороны должны были указать свой національный законъ (lex originis), и по этому закону дѣло и рѣшалось. Это было легко сдѣлать, когда обѣ стороны принадлежали къ одной и той же народности и, слѣдовательно, подлежали дѣйствію одного и того же національнаго закона. Дѣло было сложнѣе, когда стороны принадлежали къ различнымъ народностямъ. Къ такимъ случаямъ примѣнялось общее правило, что рѣшающее значеніе имѣетъ національный законъ отвѣтчика, такъ что по этому закону дѣло и рѣшалось. Національный законъ (lex originis) примѣнялся и въ области гражданскаго, и въ области уголовнаго права, хотя бы онъ не былъ закономъ того государства, въ которомъ дѣло разбиралось на судѣ. Правило о рѣшающемъ значеніи въ смѣшанныхъ судебныхъ процессахъ національнаго закона отвѣтчика примѣнялось не всюду. Оно не дѣйствовало какъ разъ у насъ на Руси. Тяжбы между русскими и греками, а также между русскими и нѣмцами рѣшались не по національному закону отвѣтчика, а на основаніи спеціальныхъ нормъ матеріальнаго права, которыя устанавливались въ соотвѣтственныхъ международныхъ договорахъ. Таковы были наши древніе договоры съ греками отъ X вѣка и съ нѣмцами отъ XI—XIII вв.

Съ начала XVI столѣтія упрочилось, какъ сказано выше, начало территоріальнаго дѣйствія закона.

Въ противоположность дробности или партикуляризму обычнаго права законодательству присущи стремленія объединительныя и централизаціонныя, такъ что законы въ видѣ общаго правила простираютъ свое дѣйствіе на всю государственную территорію. Это общее правило допускаетъ однако изъятіе, которое вызывается особенностями общественнаго уклада и государственноправового устройства отдѣльныхъ мѣстностей, требующи-

ми особой юридической регламентаціи мѣстной жизни. Такимъ образомъ возникаетъ различіе общихъ и мѣстныхъ законовъ.

Въ единомъ политически централизованномъ (хотя бы административно децентрализованномъ) государствѣ мѣстные законы издаются тѣмъ же законодательнымъ порядкомъ, что и законы общіе. При системѣ политической децентрализаціи и при федеральномъ строѣ (см. выше, стр. 353) общіе законы издаются общегосударственнымъ законодательнымъ порядкомъ и федеральною властью, а мѣстные законы издаются мѣстными автономными учрежденіями.

Общіе законы дѣйствуютъ по всей государственной территоріи или въ значительной ея части, живущей по общимъ законамъ, мѣстные законы только въ отдѣльныхъ ея частяхъ, въ опредѣленныхъ мѣстностяхъ. Это общее правило не создаетъ никакихъ осложненій и потому дѣйствуетъ безусловно въ области публичнаго права.

Что касается частнаго права, то въ этой области общее правило о территоріальномъ дѣйствіи закона наталкивается на существенныя осложненія, которыя приводятъ къ столкновенію разномѣстныхъ законовъ и требуютъ особыхъ правилъ для устраненія такого столкновенія. Причина подобнаго явленія, какъ и самый смыслъ его, станутъ для насъ понятными, если мы остановимся на особенностяхъ частноправовыхъ отношеній, въ которыхъ это явленіе коренится.

Частноправовыя отношенія преслѣдуютъ удовлетвореніе не государственныхъ, но частныхъ, индивидуальныхъ интересовъ. Въ силу этого движеніе частноправовыхъ отношеній съ момента возникновенія до прекращенія весьма часто не совпадаетъ пространственно съ тѣми территоріальными предѣлами, которые намѣчены государственной властью для дѣйствія общихъ и различнаго рода мѣстныхъ законовъ. Игнорированіе этихъ предѣловъ вызывается не только признанной въ частномъ правѣ свободой субъективнаго усмотрѣнія лица, но и объективными условіями экономическаго оборота, который объединяетъ территорію въ хозяйственномъ отношеніи, не взирая на перегородки, разставленныя на ней вслѣдствіе дѣйствія различныхъ по отдѣльнымъ мѣстностямъ гражданскихъ законовъ. При такомъ положеніи дѣла легко можетъ случиться, что частноправовое отношеніе возникнетъ въ одномъ мѣстѣ, будетъ подлежать исполненію въ другомъ и окажется предметомъ судебнаго разбирательства въ третьемъ мѣстѣ. Примѣръ изъ нашей до-революціонной жизни: рижанинъ, встрѣтившись въ Москвѣ съ уроженцемъ Кишинева, даетъ ему взаймы пять тысячъ рублей; уплата долга должна произойти черезъ годъ въ Ригѣ; кишиневецъ не платитъ, и рижанинъ подаетъ на него искъ въ Кишиневскій окружный судъ (на основаніи общаго правила, по которому подсудность опредѣляется мѣстомъ жительства отвѣтчика). Если бы примѣнить къ указанному случаю принципъ территоріальнаго дѣйствія закона во всей его строгости, то въ результатѣ создалось бы положеніе, совершенно недопустимое ни съ точки зрѣнія права, ни съ точки зрѣнія экономическихъ интересовъ участниковъ сдѣлки. Въ самомъ дѣлѣ, при строгомъ соблюденіи территоріальнаго принципа оказалось бы, что сдѣлка должна быть заключена по дѣйствующимъ въ Москвѣ общимъ гражданскимъ законамъ, т. е. 1 ч. X т. Св. Зак.; при уплатѣ долга въ Ригѣ креди-

торъ сталъ бы заявлять различныя притязанія на основаніи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ Прибалтійскаго края, а Кишиневскому суду пришлось бы рѣшать тяжбу по мѣстному Бессарабскому праву. Несомнѣнно, что экономическій оборотъ не выдержалъ бы такой троекратной правовой переоцѣнки одного и того же хозяйственнаго акта; интересы участниковъ дѣла пострадали бы при этомъ, и потому подобное положеніе было бы явно несправедливымъ.

Такъ какъ экономическій оборотъ и вообще частное общеніе людей (брачное, родственное) не только движутся свободно по всей государственной территоріи, но и столь же свободно переступаютъ государственныя границы, то создается почва для столкновенія гражданскихъ законовъ разныхъ государствъ. Возьмемъ для примѣра слѣдующіе два вполнѣ возможныхъ случая: 1) англичанинъ и французъ заключаютъ сдѣлку въ Москвѣ, по которой англичанинъ обязуется доставить машины на фабрику, которую французъ строитъ у насъ въ Екатеринославской губерніи; по дѣлу затѣмъ возникаетъ тяжба въ Лондонскомъ судѣ; по какимъ гражданскимъ законамъ судъ будетъ рѣшать дѣло? 2) русскій въ Парижѣ вступаетъ въ бракъ съ швейцаркой и собирается ѣхать съ ней на постоянное жительство въ свое отечество; по какимъ законамъ надлежитъ заключить бракъ, чтобы онъ почитался законнымъ въ Россіи? и т. д.

Столкновеніе гражданскихъ законовъ различныхъ государствъ представляетъ собою наиболѣе важный видъ столкновенія разномѣстныхъ законовъ, такъ какъ въ порядкѣ его устраненія приходится государству допускать на своей территоріи дѣйствіе гражданскихъ законовъ другого государства, что можетъ быть терпимо государствомъ и вообще допустимо въ принципѣ только въ силу необходимости поддержанія свободнаго международнаго экономическаго оборота и обезпеченія интересовъ частныхъ лицъ въ международномъ общеніи. Въ виду указаннаго важнаго значенія вопросъ о столкновеніи гражданскихъ законовъ различныхъ государствъ разрабатывается съ крайней тщательностью и составляетъ предметъ особой юридической дисциплины, — т. н. частнаго международнаго права.

Столкновеніе общихъ и мѣстныхъ законовъ вызывается тѣми же причинами и устраняется на тѣхъ же началахъ, какъ и столкновеніе гражданскихъ законовъ различныхъ государствъ. Вслѣдствіе этого, правила для устраненія столкновенія общихъ и мѣстныхъ гражданскихъ законовъ тѣ же по существу, что и нормы частнаго международнаго права. Можно поэтому говорить о нѣкоторомъ общемъ ученіи о столкновеніи разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ. Нормы для устраненія столкновенія разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ устанавливаются международными соглашеніями и внутреннимъ законодательствомъ, также и юридическимъ обычаемъ. Нормы эти истолковываются доктриной и обобщаются теоретически въ общемъ ученіи. Ученіе получается весьма сложное и можетъ быть усвоено лишь послѣ предварительнаго изученія цѣлаго ряда спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ. Въ курсѣ энциклопедіи права мы ограничиваемся только ознакомленіемъ съ общей постановкой вопроса и основными элементарными принципами его рѣшенія.

Въ качествѣ наиболѣе общихъ и элементарныхъ принциповъ ученія о столкновеніи разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ приведемъ систему, основанную на различіи троякаго характера частноправовыхъ нормъ, — статутовъ личныхъ (statuta personalia), вещныхъ (statuta realia) и смѣшанныхъ (statuta mixta). Система эта представляетъ собою старинную теорію, которая сложилась еще въ средніе вѣка для устраненія коллизіи разномѣстныхъ законовъ (статутовъ) сѣверо-итальянскихъ городскихъ общинъ и послужила источникомъ всего дальнѣйшаго развитія частнаго международнаго права.

Къ личнымъ статутамъ относится опредѣленіе правоспособности и дѣеспособности субъекта, а также всѣхъ его личныхъ отношеній, въ томъ числѣ и семейственныхъ. Личный статутъ опредѣляется при столкновеніи закономъ происхожденія лица (lege originis). Поэтому русскій нотаріусъ при заключеніи сдѣлки или русскій судья при рѣшеніи тяжбы, участникомъ которой выступаетъ французъ, опредѣляетъ правоспособность, дѣеспособность и семейственное положеніе послѣдняго по французскимъ гражданскимъ законамъ.

Признаніе дѣйствія legis originis въ предѣлахъ личнаго статута вызывается необходимостью сохранить единство юридической личности человѣка въ гражданскомъ оборотѣ. Историческіе корни этого порядка восходятъ еще къ среднимъ вѣкамъ, когда въ качествѣ общаго правила признавалось дѣйствіе юридическихъ нормъ не по территоріи, а по лицамъ, и всякій свободный человѣкъ, куда бы ни являлся, переносилъ съ собою свою родную правовую атмосферу, возможность жить по своимъ leges originis.

Вещные статуты обнимаютъ собою все, относящееся къ вещамъ, особенно недвижимымъ. Вещные статуты опредѣляются закономъ мѣста расположенія вещи (lex rei sitae). Нпр., сдѣлки по отчужденію собственности должны основываться на законахъ, дѣйствующихъ въ той мѣстности, гдѣ расположенъ предметъ собственности.

Подъ смѣшанными статутами разумѣютъ постановленія весьма разнообразнаго содержанія, въ частности — все относящееся къ формѣ сдѣлки. Къ опредѣленію формы сдѣлки примѣняется законъ мѣста ея совершенія въ силу принципа locus regit actum. Сдѣлка, совершенная по формѣ, узаконенной въ мѣстѣ ея заключенія, признается дѣйствительной во всякомъ другомъ мѣстѣ и въ другомъ государствѣ. Исключеніе составляетъ лишь тотъ случай, когда форма совершенія имѣетъ не только формальное значеніе (составляетъ formale negotii), но и разсматривается какъ самая сущность сдѣлки (essentiale negotii). Такъ, нпр., по русскому законодательству церковное вѣнчаніе составляло не только форму, но и самую сущность заключенія брака. Поэтому бракъ, заключенный русскимъ во Франціи въ гражданской формѣ безъ церковнаго вѣнчанія, оказывался въ Россіи недѣйствительнымъ. Но всякій договоръ, заключенный у французскаго нотаріуса по предписанной французскими законами формѣ, признавался дѣйствительнымъ и въ Россіи.

Таковы наиболѣе общіе и элементарные принципы, которыми руководятся въ дѣлѣ устраненія столкновенія разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ.

IV. Съ окончательнымъ упроченіемъ законодательной функціи государственная власть постепенно сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ все правотвореніе. Законъ объявляется, если не единственнымъ, то главнымъ источникомъ права. Всѣ остальные источники права подчиняются закону, и дѣйствіе ихъ допускается государственной властью только въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Выше (см. стр. 356—357) нами указано, что такое верховенство закона установилось окончательно въ XVIII столѣтіи, и что оно продолжаетъ быть дѣйствительнымъ и въ современной намъ государственной организаціи. Ознакомившись съ ученіемъ о законѣ, мы и переходимъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, какъ отражается верховенство закона на дѣйствіи остальныхъ источниковъ права (см. § 17).

Съ водвореніемъ верховенства закона государственная власть признаетъ свой авторитетъ исключительно обязательнымъ единоличнымъ авторитетомъ въ дѣлѣ правотворенія (см. стр. 140).

Съ точки зрѣнія верховенства закона государственнаго утрачиваетъ самостоятельное значеніе даже законъ Божій, поскольку подъ нимъ разумѣются не религіозныя и не религіозно-нравственныя нормы, а нормы юридическія, которымъ приписывается божественное установленіе. Система религіознаго законодательства рѣшительно уступаетъ системѣ законодательства свѣтскаго. Недаромъ многіе юристы (Іерингъ и различные его послѣдователи) не признаютъ каноническаго права даже правомъ, а лишь нравственнымъ предписаніемъ, и юридическое его дѣйствіе основываютъ исключительно на признаніи и допущеніи его закономъ. Формальнымъ оправданіемъ подобнаго ученія является фактъ авторизаціи государственнымъ законодательствомъ различныхъ системъ религіознаго права.

Ученый авторитетъ профессіональныхъ правовѣдовъ и основанное на немъ т. н. право юристовъ подъ вліяніемъ державнаго возобладанія закона либо подвергаются законодательной регламентаціи, какъ это было при римскихъ императорахъ, либо совершенно отпадаютъ, какъ это мы видимъ въ наше время.

Государственная власть утверждаетъ только свой собственный авторитетъ въ области правотворенія и не признаетъ въ принципѣ дѣйствія на своей территоріи другой государственной власти. Поэтому при верховенствѣ закона рецепція иноземнаго права допустима въ принципѣ только въ видѣ законодательной рецепціи (см. выше, стр. 140) въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т. е. допустимо усвоеніе иноземнаго права въ силу прямого предписанія закона и въ размѣрахъ, и въ предѣлахъ, имъ указанныхъ.

Дѣйствіе обычнаго права ставится въ непосредственную и прямую зависимость отъ допущенія его закономъ. Такой порядокъ съ XVIII вѣка является общепризнаннымъ въ континентальныхъ государствахъ западной Европы. Законодательная регламентація признается въ нихъ общимъ правиломъ, и примѣненіе обычнаго права допускается закономъ въ размѣрахъ крайне ограниченныхъ, — по вопросамъ второстепеннаго характера въ сферѣ гражданско-правового и торговаго оборота, или же въ случаяхъ пробѣла въ законодательствѣ (при отсутствіи закона).

Въ противоположность континентальнымъ государствамъ Англія признаетъ за обычнымъ правомъ вполнѣ самостоятельное значеніе наряду съ закономъ. Совокупность дѣйствующаго права дѣлится въ Англіи на право исключительно законное, статутарное (statute law) и право общее (common law), въ составъ котораго входятъ какъ древніе законы, такъ и юридическіе обычаи и прецеденты. Обычное право составляетъ въ Англіи существеннѣйшую часть не только частнаго, но и публичнаго права.

У насъ въ Россіи до революціи проводился принципъ верховенства закона, и дѣйствіе обычнаго права основывалось на признаніи и допущеніи закона. Но у насъ законъ открывалъ дѣйствію обычнаго права широкіе предѣлы, сохраняя господство обычая въ жизни крестьянъ. Частноправовой бытъ послѣднихъ всецѣло опредѣлялся обычнымъ правомъ. Особые крестьянскіе (волостные) суды примѣняли, согласно общему постановленію закона, исключительно обычное право по гражданскимъ, и даже по уголовнымъ дѣламъ, входящимъ въ ихъ компетенцію. На такихъ же началахъ допускалось широкое примѣненіе обычнаго права разнаго рода инородцевъ, стоящихъ на низшихъ ступеняхъ культурнаго развитія, для которыхъ существовали особые инородческіе суды на подобіе особыхъ судовъ крестьянскихъ. Жизнь остального населенія подлежала въ принципѣ исключительно законодательной регламентаціи, и дѣйствіе обычнаго права допускалось у насъ закономъ въ ограниченныхъ размѣрахъ въ области частнаго права. Юридическіе обычаи могли примѣнять у насъ по ссылкѣ сторонъ мировые судьи, земскіе начальники и городскіе судьи по гражданскимъ дѣламъ, а также коммерческіе суды по дѣламъ торговымъ. Господство обычнаго права надъ крестьянской жизнью въ Россіи не представляло собою ни обезпеченія, ни признака политической и гражданской свободы, какъ это собою представляетъ самостоятельное дѣйствіе обычнаго права въ Англіи. Напротивъ того, оно обозначало въ Россіи нѣчто прямо противоположное. Русскіе крестьяне остались подъ дѣйствіемъ обычнаго права потому, что законодательство не распространило на нихъ своего просвѣтительнаго дѣйствія, но забросило ихъ и оставило подъ «властью тьмы». Уже до революціи обнаружилось у насъ стремленіе къ отмѣнѣ сословной замкнутости крестьянства и къ уравненію частноправнаго состоянія крестьянъ съ остальнымъ населеніемъ. Это стремленіе будетъ безъ сомнѣнія осуществлено по окончаніи революціи, т. е. послѣ паденія большевиковъ. Тогда область примѣненія обычнаго права въ Россіи значительно сузится.

Верховенство закона оказываетъ вліяніе и на д ѣ й с т в і е д о г о в о р а, какъ источника права. Международные договоры, въ которыхъ устанавливаются права и обязанности для гражданъ, утверждаются въ законодательномъ порядкѣ. Правотворящее дѣйствіе частныхъ договоровъ въ предѣлахъ, намѣчаемыхъ диспозитивными нормами частнаго права (см. выше, стр. 152), явно опирается на общее признаніе со стороны закона.

Распространеніе законодательной регламентаціи на всѣ стороны жизни и верховенство закона низвели с у д е б н у ю п р а к т и к у на подчиненное положеніе, ограничивъ проявленіе ея, въ качествѣ источника права, толкованіемъ законовъ (см. выше, стр. 153—154). Самый характеръ толкованія закона былъ при этомъ поставленъ въ зависимость отъ опредѣленія его государственной властью, причемъ отношеніе послѣдней къ судебному

толкованію закона мѣнялось въ историческомъ процессѣ развитія новаго государства.

Въ исторіи законодательной регламентаціи судебной практики можно различать три дѣйствовавшія въ различные періоды системы: 1) систему буквальнаго толкованія закона судомъ, восполняемую законодательнымъ разрѣшеніемъ сомнительныхъ для суда случаевъ, 2) систему свободнаго судебнаго толкованія закона безъ обращенія суда къ законодателю за разрѣшеніемъ сомнительныхъ случаевъ, 3) систему свободнаго толкованія закона, восполняемую законодательнымъ признаніемъ свободнаго правотворенія судьи въ извѣстныхъ случаяхъ.

Первая система водворяется при наличности принципіальнаго признанія верховенства закона, казуистичности законодательства и при отсутствіи какой-либо прочной системы права, изъ которой можно бы черпать отвѣты на вопросы, обойденные казуистическимъ законодательствомъ. Указанныя условія были на лицо у насъ въ Россіи съ половины XVI вѣка. Законодательство носило казуистическій характеръ; много было въ немъ пробѣловъ; законодатель сознавалъ это и предписывалъ въ случаѣ обнаруженія пробѣла не рѣшать дѣла, а испрашивать законодательное разрѣшеніе сомнительнаго казуса. Такъ какъ не было никакой общепризнанной системы права, съ которой судьи могли бы справляться при молчаніи закона, то обращеніе суда къ законодателю бывало весьма частымъ.

Въ западной Европѣ сложились другіе порядки, благодаря воспринятому ею культурному наслѣдію римскаго права. Это право лежало въ основѣ юридическаго образованія, и судьи пользовались имъ для восполненія казуистическаго законодательства. Вслѣдствіе такой узуальной рецепціи римскаго права западно-европейскія государства почти не знали системы буквальнаго толкованія закона судомъ, восполняемой обращеніемъ суда въ сомнительныхъ случаяхъ къ законодателю.

И у насъ въ Россіи имѣла мѣсто рецепція греко-римскаго и литовско-русскаго (Литовскаго Статута) права, и помощью ея суды восполняли пробѣлы казуистическаго московскаго законодательства. Но размѣры рецепціи были у насъ не велики; при общей культурной скудости не было у насъ научнаго юридическаго образованія; наконецъ, своеобразныя политическія условія не допускали у насъ самостоятельности судебныхъ учрежденій. Поэтому у насъ система порабощенія судьи казуистическимъ законодательствомъ привилась особенно сильно и держалась упорно и долго въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій. И московскіе приказы, и позднѣйшія судебныя учрежденія XVIII и первой половины XIX столѣтія были скованы буквой казуистическаго законодательства, и въ случаяхъ пробѣловъ въ немъ или вызываемыхъ имъ недоумѣній должны были испрашивать для рѣшенія дѣла новыя законодательныя опредѣленія.

Система свободнаго судебнаго толкованія закона характеризуется свободой суда отъ необходимости обращаться къ законодателю за восполненіемъ пробѣловъ въ законѣ и за разрѣшеніемъ возникающихъ при примѣненіи закона недоумѣній. Эта система, благодаря отмѣченнымъ выше благопріятнымъ условіямъ, господствуетъ на западѣ съ XVI вѣка. Основной принципъ этой системы заключается въ томъ, что судья рѣшаетъ всякое дѣло на основаніи существующихъ законовъ, не взирая на то,

предусмотрѣно ли оно прямо въ законѣ, или нѣтъ. Пробѣлы въ законодательствѣ восполняются при этомъ самимъ судомъ. Выше мы указали, что для восполненія пробѣловъ въ законодательствѣ западноевропейскіе судьи пользовались римскимъ правомъ и выросшей на его почвѣ наукою права. По мѣрѣ разростанія законодательной функціи государства и распространенія законодательной регламентаціи на всѣ по возможности стороны жизни пробѣлы въ законодательствѣ становились все рѣже. Это обстоятельство въ связи съ окончательнымъ преобладаніемъ закона привели въ XVIII вѣкѣ къ провозглашенію принципа логической законченности законодательства (см. выше, стр. 207). Въ соотвѣтствіи съ этимъ принципомъ отмѣнялось пользованіе какими бы то ни было вспомогательными (субсидіарными) источниками права (каковыми были римское право и право юристовъ), разъ они прямо не указаны въ законѣ, и устанавливалось обязательное восполненіе пробѣловъ въ законодательствѣ путемъ дедуцированія изъ содержащихся въ немъ общихъ принциповъ права (см. выше, стр. 207—208).

У насъ въ Россіи система свободнаго судебнаго толкованія закона введена была только судебными уставами императора Александра II, установившими впервые у насъ правило, согласно которому судъ не можетъ отказать въ разборѣ дѣла подъ предлогомъ неясности, неполноты или отсутствія закона и обязанъ рѣшить всякое дѣло на основаніи существующихъ законовъ, не испрашивая, само собою разумѣется, новыхъ законодательныхъ опредѣленій.

Третья система законодательной регламентаціи судебной практики представляетъ собою продолженіе системы свободнаго судебнаго толкованія закона, которую она восполняетъ законодательнымъ же признаніемъ свободнаго правотворенія судьи въ извѣстныхъ случаяхъ. Свободное правотвореніе судьи допускается въ случаяхъ пробѣла въ законодательствѣ.

Пробѣлы на самомъ дѣлѣ восполняются не путемъ дедуцированія изъ общихъ принциповъ законодательства, ибо принципы эти не могутъ дать больше того, что содержится въ законахъ, а самостоятельнымъ правотвореніемъ судьи. Правотвореніе судьи всегда совершалось свободно, не смотря на оффиціальное признаніе логической законченности законодательства и оффиціальное же ограниченіе судебной практики служебной ролью толкованія закона, но только этого не замѣчали и не хотѣли признавать. Юристы-догматики твердили о судебной практикѣ то, что постановлялъ по этому вопросу законъ. Только свободное отъ догматическихъ оковъ историческое и соціологическое ученіе о правѣ убѣдительно показало, что судья не есть машина для подведенія частныхъ казусовъ подъ общія правила закона (Subsumptionsmaschine), и выяснило творческое значеніе суда въ процессѣ примѣненія права. Теоретическіе выводы науки нашли себѣ въ наши дни практическое признаніе въ швейцарскомъ законодательствѣ, которое и восполнило систему свободнаго толкованія закона допущеніемъ свободнаго судейскаго правотворенія.

Швейцарское Гражданское Уложеніе 1907 года гласитъ: «Ко всѣмъ правовымъ вопросамъ примѣняется законъ, разъ они предусмотрѣны его буквой или духомъ. Если изъ закона нельзя получить

никакого предписанія, то судья долженъ рѣшить по обычному праву, а если и его нѣтъ, то по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя. Онъ слѣдуетъ при этомъ доброй научной теоріи и практикѣ».

Приведенное правило нельзя не признать прогрессомъ въ дѣлѣ законодательной регламентаціи судебной практики. Положительнымъ достоинствомъ этого правила является прежде всего то, что законодатель открыто допускаетъ свободное правотвореніе судьи въ случаѣ пробѣла закона и уподобляетъ судейское правотвореніе законодательному. Это освобождаетъ судью отъ необходимости искусственно подводить акты своего правотворенія подъ букву и общіе принципы дѣйствующаго законодательства. Допущенное закономъ свободное правотвореніе судьи не можетъ прикрываться ссылкой на дѣйствующій законъ въ его искусственномъ истолкованіи и всецѣло ложится на нравственную отвѣтственность судьи, что́ неминуемо повыситъ качество актовъ свободнаго судейскаго правотворенія. Съ другой стороны, законодательное ограниченіе свободнаго судейскаго правотворенія случаями пробѣловъ въ законѣ укрѣпляетъ принципъ легальности въ дѣлѣ примѣненія существующихъ законовъ, и открыто и авторитетно изгоняетъ изъ этой области разнаго рода попытки ниспровергнуть принципъ легальности и замѣнить его самостоятельнымъ взвѣшиваніемъ интересовъ (см. выше, стр. 203) и свободной оцѣнкой ихъ судомъ помимо закона (praeter legem) и даже прямо противъ закона (contra legem).

Свободное правотвореніе судьи, допущеніе котораго швейцарскимъ законодательствомъ является весьма важнымъ новшествомъ въ правовой жизни континентальныхъ европейскихъ странъ, пользуется исконнымъ признаніемъ въ Англіи. Общее право (common law), которому въ Англіи принадлежитъ по сравненію съ законнымъ правомъ (statute law) несомнѣнно преобладающее мѣсто, основано въ значительной части на свободномъ правотвореніи судей. Входящіе въ составъ общаго права юридическіе обычаи проникали туда только послѣ предварительныхъ «судебныхъ испытаній» и, слѣдовательно, послѣ авторизаціи ихъ судомъ. Можно сказать, что въ Англіи первенствующимъ и своего рода верховнымъ источникомъ права является судебная практика; это находитъ себѣ надлежащее отраженіе въ англійскомъ догматическомъ правовѣдѣніи. По этому поводу одинъ изъ новѣйшихъ весьма вдумчивыхъ теоретиковъ права въ Германіи Ө. Штернбергъ справедливо замѣчаетъ, что право въ конечномъ итогѣ представляется континентальному юристу въ видѣ закона, англійскому же юристу — въ видѣ судебнаго рѣшенія (Rechtsspruch = вѣщаніе права) и стоящаго за нимъ судьи.

Подъ вліяніемъ изученія англійской судебной практики и подъ дѣйствіемъ тѣхъ общихъ причинъ, которыми вызвано указанное нами новшество швейцарскаго законодательства, образовалось за послѣднія десять лѣтъ среди нѣмецкихъ юристовъ спеціальное движеніе въ пользу «свободнаго права» (Freirechtsbewegung), т. е. въ пользу открытаго признанія свободнаго правотворенія суда.

Основное теченіе школы свободнаго права направлено, повидимому, на то, чтобы добиться законодательнаго признанія свобод-

наго судейскаго правотворенія на началахъ, принятыхъ въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи. Но наряду съ этимъ проявляется въ школѣ свободнаго права стремленіе къ ниспроверженію принципа легальности въ дѣлѣ примѣненія существующихъ законовъ и къ провозглашенію свободы суда рѣшать дѣла во имя справедливости praeter legem и даже contra legem. Поскольку можно привѣтствовать первое теченіе, постольку нельзя отнестись ко второму иначе, какъ отрицательно, и именно въ интересахъ справедливости, во имя которой ратуютъ сторонники свободнаго права. Неизмѣнное дѣйствіе закона, хотя бы и несовершеннаго и потому могущаго оказаться въ отдѣльныхъ случаяхъ примѣненія и несправедливымъ, въ конечномъ итогѣ все же обезпечиваетъ интересы справедливости въ несравненно большей степени, чѣмъ усмотрѣніе судьи, принципіально изъятое изъ подчиненія закону.

Русскіе юристы относятся къ школѣ свободнаго права весьма сдержанно: безусловно осуждаютъ проповѣдь суда contra legem и praeter legem, и сомнѣваются даже въ пользѣ формальнаго законодательнаго признанія свободы судейскаго правотворенія при пробѣлахъ въ законодательствѣ. Сомнѣнія эти находятъ себѣ оправданіе въ условіяхъ русской дѣйствительности. Мы имѣемъ въ виду непрочность начала законности во всемъ нашемъ государственномъ строѣ и недостаточное развитіе чувства права въ нашемъ обществѣ. При такихъ условіяхъ дѣйствительно задумаешься, можно ли нашему судьѣ формально предоставить право въ случаѣ отсутствія закона рѣшать дѣло по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя. Можно при этомъ опасаться еще и того, что при отсутствіи прочной культурно-правовой традиціи и подлинной независимости судей не будетъ строго соблюдаться грань, отдѣляющая пробѣлъ въ законодательствѣ отъ случаевъ примѣненія существующаго закона, и пріемы свободнаго правотворенія распространятся на все отправленіе суда. Тогда принципъ законности, и безъ того у насъ непрочный, былъ бы окончательно расшатанъ.

Съ самаго возникновенія движенія въ пользу «свободнаго права» особенно сочувствовали ему соціалисты и охотно принимали въ свою доктрину наиболѣе крайнія его проявленія, какъ то, — провозглашеніе свободнаго судейскаго правотворенія praeter legem и contra legem. Въ этомъ соціалисты видѣли средство къ устраненію соціальной неправды, къ защитѣ интересовъ пролетаріата, къ поднятію рабочей массы. Совѣтская Россія осуществила соціалистическую программу отправленія суда. Большевистскіе декреты предписываютъ, чтобы судьи основывали свои рѣшенія не только на законѣ, но и на «революціонной» и «пролетарской» совѣсти. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эта «совѣсть» не мирится съ существующими законами, судья не долженъ считаться съ послѣдними, ибо преимущество принадлежитъ «революціонной и пролетарской совѣсти». Осуществленіе этой соціалистической судебной программы привело къ полной гибели правосудія. Во имя интересовъ «пролетаріата» водворился полнѣйшій и безудержный «судейскій» произволъ на пользу новоявленнаго привилегированнаго сословія, образовавшагося изъ членовъ коммунистической партіи. Когда наша мно-

гострадальная Родина освободится отъ большевистскаго ига, у насъ должно быть возстановлено строгое начало формальной законности, которое одно только въ состояніи возродить загубленное правосознаніе народное.

§ 44. ОФФИЦІАЛЬНОЕ И НЕОФФИЦІАЛЬНОЕ ПРАВО

Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, изд. 2-ое, томъ II, § 44; Hugo Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909; L. Spiegel, Jurisprudenz und Sozialwissenschaft, Grünhut's Zeitschrift, Bd. 36, 1909; Eugen Ehrlich, Die Erforschung des lebenden Rechts, Schmoller's Jahrbuch, 1911; R. Bartsch, Die Zukunft der Rechtswissenschaft, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI. Band, 1912—1913; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, главы V, VI, XVI, XVII, XXI; Jean Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, 1914; E. Lambert, Le droit coutumier contemporain, 1893; Lefèvre, La coutume, source formelle du droit en droit français contemporain, 1906; Léonce Valette, Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel, 1908; Marc Réglade, La coutume en droit public interne, 1919; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очеркъ VI.

Въ предшествующемъ параграфѣ мы изложили ученіе о верховенствѣ закона, какъ основномъ принципѣ, на которомъ покоится положеніе права въ системѣ современной государственной организаціи. Принципъ этотъ состоитъ въ томъ, что законъ не только является главнымъ источникомъ права, но и опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права въ государствѣ. Поэтому у современныхъ юристовъ принято называть наше время по отношенію къ развитію права законодательнымъ фазисомъ права (la phase législative du droit). Извѣстный французскій ученый Opiy характеризуетъ этотъ фазисъ централизаціей источниковъ права подъ господствомъ закона (la centralisation des sources du droit sous la domination de la loi).

Ознакомившись съ принципомъ верховенства закона, мы должны задать себѣ слѣдующій вопросъ: то, что законъ опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права, значитъ ли, что другіе, кромѣ закона, источники и виды положительнаго права на самомъ дѣлѣ дѣйствуютъ только въ предѣлахъ, предоставленныхъ имъ закономъ, или же указанное правило имѣетъ какой либо другой смыслъ?

Догматическая юриспруденція, выросшая и расцвѣтшая на службѣ у суда и закона, разрѣшаетъ поставленную нами альтернативу чрезъ утвержденіе перваго ея положенія. Отуманенная формальнымъ всемогуществомъ закона, догматическая юриспруденція видитъ въ его опредѣленіяхъ не только предписаніе должнаго, но и утвержденіе истины въ смыслѣ адэкватнаго соотвѣтствія мысли законодателя дѣйствительности. Поэтому въ догматической юриспруденціи считается несомнѣннымъ, что сверхъ закона дѣйствуютъ лишь тѣ источники и виды положительнаго права, которые признаны закономъ, и только въ предѣлахъ, точно закономъ установленныхъ. Догматическая точка зрѣнія проникаетъ и въ общую теорію права и опредѣляетъ ученіе ея объ источникахъ и видахъ

положительнаго права (см. выше, стр. 157). Поэтому общераспространеннымъ является теоретическое утвержденіе о томъ, что обычное право дѣйствуетъ лишь постольку, поскольку оно признается и допускается закономъ. Тоже говорятъ и о судебной практикѣ, а о другихъ источникахъ права даже не упоминаютъ, такъ какъ ихъ не указываетъ законъ.

Такое рѣшеніе вопроса не можетъ быть признано правильнымъ. Обычное право и право судебной практики представляютъ собою тѣ виды положительнаго права, отличительнымъ признакомъ которыхъ является образованіе ихъ помимо прямыхъ правотворящихъ актовъ государственной власти. Образуются эти виды положительнаго права подъ вліяніемъ извѣстныхъ потребностей общественной жизни и для ихъ удовлетворенія. Поскольку эти потребности существуютъ и находятъ себѣ удовлетвореніе внѣ и помимо закона, постольку существуютъ и дѣйствуютъ сверхъ закона и другіе источники и виды положительнаго права. То, что законъ устанавливаетъ для дѣйствія другихъ видовъ положительнаго права извѣстные предѣлы, не значитъ, что самое дѣйствіе этихъ источниковъ права зависитъ отъ закона. Законъ только монопольно устраняетъ конкуренцію другихъ видовъ положительнаго права съ собою, причемъ какъ конкуренція эта, такъ и монопольное устраненіе ея въ пользу закона выступаютъ только тогда, когда юридическія отношенія приходятъ въ прямое соприкосновеніе съ государственной властью, т. е. главнымъ образомъ на судѣ. Потому то теоретики права, всецѣло проникнутые догматической точкой зрѣнія, ссылаются на дѣйствительность юридической нормы на судѣ какъ на крайній доводъ (ultima ratio) въ пользу своего ученія. Такъ, напримѣръ, утвержденіе, что обычное право дѣйствуетъ только въ предѣлахъ признанія и допущенія закономъ, аргументируется слѣдующимъ образомъ: какой бы юридическій обычай ни былъ принятъ въ обществѣ по данному вопросу, но разъ этотъ вопросъ регламентируется закономъ, ни одинъ судъ не примѣнитъ юридическаго обычая, а только норму закона; слѣдовательно, говорятъ намъ, юридическій обычай, не признаваемый и не допускаемый закономъ, не дѣйствуетъ. Въ приведенномъ разсужденіи посылка вѣрна, но не правиленъ выводъ, такъ какъ онъ утверждаетъ нѣчто большее, чѣмъ содержится въ посылкѣ. Правильнымъ былъ бы выводъ: юридическій обычай внѣ предѣловъ, въ которыхъ обычное право допускается закономъ, не имѣетъ судебнаго дѣйствія. Но, поскольку дѣло не доходитъ до суда и вообще до соприкосновенія съ государственной властью, въ предѣлахъ безспорнаго, мирнаго, частнаго, внѣ воздѣйствія государственной власти, правового оборота безпрепятственно дѣйствуютъ и обычное право, и всѣ другіе виды положительнаго права сверхъ закона. Дѣйствіе ихъ основывается не на формальномъ допущеніи закономъ, а на извѣстныхъ требованіяхъ общественной жизни помимо закона.

Послѣ сказаннаго возвратимся къ поставленному нами вопросу и постараемся дать на него теоретическій отвѣтъ независимо отъ точки зрѣнія догматической юриспруденціи.

Вопросъ гласилъ: то, что законъ опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права, значитъ ли, что другіе, кромѣ закона, источники и виды положительнаго права на самомъ дѣлѣ дѣйствуютъ только въ предѣлахъ,

предоставленныхъ имъ закономъ, или же указанное правило имѣетъ какой либо другой смыслъ? Отвѣтъ мы дадимъ такой: указанное правило имѣетъ тотъ смыслъ, что въ предѣлахъ, признанныхъ закономъ, другіе кромѣ закона, источники и виды положительнаго права дѣйствуютъ на судѣ и вообще при соприкосновеніи съ органами государственной власти; въ безспорномъ же правовомъ оборотѣ и внѣ прямого соприкосновенія съ государственной властью всѣ виды положительнаго права дѣйствуютъ помимо закона.

Опираясь на приведенный отвѣтъ, мы можемъ сказать, что верховенство закона отнюдь не отмѣняетъ самостоятельнаго правообразованія внѣ и помимо закона. Оно приводитъ лишь къ распаденію всего положительнаго права на двѣ области: право, формально признанное государственной властью, и право, ею формально не признаваемое. Л. І. Петражицкій называетъ первую область оффиціальнымъ правомъ, вторую — правомъ неоффиціальнымъ. Намъ представляется вполнѣ цѣлесообразнымъ примкнуть къ этой терминологіи.

Къ оффиціальному праву относятся законы, а также всѣ другіе виды положительнаго права, признанные закономъ и дѣйствующіе въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Неоффиціальнымъ правомъ являются всѣ кромѣ закона виды положительнаго права (§ 17) въ дѣйствіи своемъ внѣ предѣловъ, указанныхъ для нихъ закономъ. Областью примѣненія неоффиціальнаго права является безспорный (внѣсудебный) и частный (внѣ государственнаго воздѣйствія) правовой оборотъ.

Теоретическое обоснованіе и опредѣленіе состава неоффиціальнаго права дается Л. І. Петражицкимъ примѣнительно къ его психологическому ученію о правѣ. Къ неоффиціальному праву Л. І. Петражицкій относитъ всю совокупность субъективныхъ правовыхъ переживаній въ психикѣ индивида. Не признавая индивидуалистической концепціи Л. І. Петражицкаго (см. выше § 6), мы относимъ къ неоффиціальному праву не факты субъективнаго правосознанія и ихъ проекціи (см. выше, стр. 109), а юридическія нормы объективнаго значенія.

Для правильнаго научнаго познанія правовыхъ явленій необходимо изученіе какъ оффиціальнаго, такъ и неоффиціальнаго права.

Только совокупное изученіе обѣихъ областей можетъ привести къ реальному познанію правовой дѣйствительности. Для строгаго реальнаго познанія необходимо имѣть въ виду, что оффиціальное право, несмотря на весь престижъ формальнаго господства закона, дѣйствуетъ фактически не безусловно и не полностью. Поэтому недостаточно знать оффиціальное право; необходимо еще изслѣдовать, поскольку оно на самомъ дѣлѣ примѣняется въ жизни[1]. Начало

[1] Это понимали юристы эмпирическаго направленія въ XVIII столѣтіи, напримѣръ, — І. І. Мозеръ. См. J. J. Moser, Praecognita iuris publici Germanici generalissima, Frcf. u. Lpzg., 1732, pag. 13 (цитируетъ Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, Варшава, 1914, стр. 154).

верховенства закона устанавливаетъ презумпцію, согласно которой оффиціальное право обнимаетъ собою все позитивное право, дѣйствующее въ данномъ общественномъ союзѣ, въ данномъ государствѣ. Дѣйствительность не оправдываетъ этой презумпціи. Современные юристы приходятъ къ сознанію того, что оффиціальное право совпадаетъ съ цѣлокупнымъ объективнымъ правомъ только приблизительно. Остаются при этомъ нѣкоторыя порожнія мѣста, которыя занимаются какъ разъ неоффиціальнымъ правомъ.

Такого рода отношеніе къ оффиціальному праву давно уже извѣстно историкамъ права и стало для нихъ прописной истиной. Историки права давно уже изучаютъ не одно лишь оффиціальное, но и неоффиціальное право, различаютъ въ оффиціальномъ правѣ нормы, дѣйствительно примѣнявшіяся въ жизни, отъ непримѣнявшихся и, лишь опираясь на совокупность дѣйствительно примѣнявшихся нормъ какъ оффиціальнаго, такъ и неоффиціальнаго права, возстанавливаютъ подлинное состояніе права въ прошломъ и намѣчаютъ ходъ его развитія.

Современное право разрабатывается догматиками въ предѣлахъ и съ точки зрѣнія, если не исключительно, то главнымъ образомъ оффиціальнаго права. Такая разработка можетъ быть признана до извѣстной степени достаточной для судебной практики, но для научнаго познанія современной правовой жизни она безусловно не достаточна. И вотъ въ наши дни замѣчается стремленіе къ новой постановкѣ разработки современнаго права. Постановка эта требуетъ изученія не только оффиціальнаго, но и неоффиціальнаго права, — изслѣдованія «живого права» (Erforschung des lebenden Rechts), какъ выражаются нѣкоторые представители новаго теченія (Е. Эрлихъ). Это новое теченіе само именуетъ себя соціологическимъ (сравн. выше, стр. 270). Устами французскаго юриста Крюэ (Jean Cruet) оно громко заявляетъ «о жизни права и немощи законовъ» и во имя этого лозунга настоятельно требуетъ выхода догматической юриспруденціи за предѣлы оффиціальнаго права. Кромѣ чисто теоретическаго значенія въ дѣлѣ научнаго уразумѣнія современнаго состоянія права, новое направленіе имѣетъ весьма важное значеніе и для догматической юриспруденціи, поскольку послѣдняя призвана служить руководствомъ для судьи въ дѣлѣ справедливаго толкованія закона и еще болѣе въ дѣлѣ восполненія пробѣловъ въ оффиціальномъ правѣ. Само собою разумѣется, сколь важно знаніе «живого права» для политики права.

Новѣйшее соціологическое направленіе въ догматической юриспруденціи корнями своими восходитъ къ ученію Іеринга (см. §§ 9 и 29). Слѣдуетъ напомнить, что вліяніе Іеринга въ этомъ отношеніи сказалось болѣе тридцати лѣтъ тому назадъ въ русской литературѣ. Необходимость вывести догматическую юриспруденцію изъ замкнутой и абстрактной области законодательства и оплодотворить ее изученіемъ конкретнаго правового оборота проповѣдывалъ у насъ Е. А. Муромцевъ, котораго можно по справедливости признать предтечею новѣйшаго соціологическаго направленія юриспруденціи.

Въ заключеніе надлежитъ отмѣтить, что и въ область оффиціальнаго права проникаютъ нѣкоторыя юридическія нормы, слагающіяся не только помимо законодательнаго велѣнія, но и помимо законодательнаго признанія.

Мы имѣемъ въ виду разнообразные юридическіе обычаи, возникающіе въ области государственнаго и даже конституціоннаго права и дѣйствующіе тамъ наравнѣ съ общими и даже основными законами. Хотя дѣйствіе такихъ юридическихъ обычаевъ формально закономъ не допускается и не признается, тѣмъ не менѣе они дѣйствуютъ и имѣютъ рѣшающее значеніе и для самой государственной власти. О конституціонной роли публично-правового обычая мы будемъ говорить ниже. Сейчасъ для нашей цѣли достаточно только отмѣтить, что и въ области оффиціальнаго права имѣются извѣстные неоффиціальные элементы.

ГЛАВА XIV. ВОЗДѢЙСТВІЕ ПРАВА НА ГОСУДАРСТВЕННУЮ ОРГАНИЗАЦІЮ

§ 45. ПРАВОВЫЯ ФОРМЫ И ПРАВОВЫЕ ПРЕДѢЛЫ ПРОЯВЛЕНІЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

С. А. Котляревскій, Власть и право. Проблема правового государства, 1915 г.; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl. 1892, 2. Aufl. 1905; M. Wohlgemuth, Des droits individuels et de leur garantie judiciaire spécialement contre le pouvoir législatif, 1906; I. Choumenkovitch, Les droits subjectifs publics des particuliers, 1912; П. И. Новгородцевъ и І. А. Покровскій, О правѣ на существованіе. Соціально-философскіе этюды (1905—1906 гг.), въ серіи «Свободное Знаніе», изд. М. О. Вольфа; А. А. Рождественскій, Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ. Критико-систематическое изслѣдованіе. I. Основные вопросы теоріи субъективныхъ публичныхъ правъ, 1913 г.; А. И. Елистратовъ, I. Понятіе о публичномъ субъективномъ правѣ. II. «Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ» А. А. Рождественскаго, 1913 г. (Учен. Записки Имп. Лицея въ память Цесаревича Николая, вып. VIII); В. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916, очерки X—XI; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XV Kapitel; Gajac, De la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles, 1905; A. Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, 1907; Ѳ. В. Тарановскій, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г., главы VI—VII; С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки русскихъ Основныхъ Законовъ, 1912 г.; Zweig, Die Lehre vom pouvoir constituant, 1909; Bryce, Flexible and rigide constitution, Studies in History and Jurisprudence, 1901, въ сборникѣ его статей: vol. I; Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 5-ое изд., 1891 г.; франц. перев.: Dicey, Introduction à l'étude du droit constitutionnel, trad. A. Balot et G.-Jèze, 1902; Дайси Основы государственнаго права Англіи, переводъ съ 6-го англ. изданія, русск. изд. 2-ое, 1907 г.; Charles Borgeaud, Établissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe, 1893; Arnoult, De la revision des constitutions, 1896; G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906; Г. Еллинекъ, Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, русск. переводъ подъ ред. и съ вступит. статьей В. А. Кистяковскаго, 1907 г.; Marc Réglade, La coutume en droit public interne, 1919, chap. III—V; Frank J. Goodnow, Principles of constitutional government, 1916, chap. XVIII—XXII; Hildesheimer, Ueber die Revision moderner Staatsverfassungen, 1918; Signorel, Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif, Revue polit. et parlem., 1904, juin; Angleys, Des garanties judiciaires contre l'arbitraire du pouvoir législatif, 1910; В. Дурденевскій, Судебная провѣрка конституціонности закона, Вопросы Права, кн. XI, 1912 г.; Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899; G. Jèze, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, 1909; Anschütz,

Verwaltunggerichtsbarkeit (Handbuch der Politik, I. Bd.), 1912; Maurice Hauriou, Les principes du droit administratif et du droit public, 8-me éd., 1914, livre V; бар. К. Ломейеръ, Административная юстиція, перев. съ нѣм. бар. А. Э. Нольде, 1905 г.; бар. С. А. Корфъ, Административная юстиція въ Россіи, 2 тома, 1910 г.; А. М. Кулишеръ. Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска, Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. IV; Richard Schmidt, Einführung in die Rechtswissenschaft, Erster Teil, Leipzig, 1921, §§ 7 u. 41.

Въ предшествующей главѣ мы говорили о воздѣйствіи государственной организаціи на образованіе права и на различные виды его позитиваціи. Теперь переходимъ къ разсмотрѣнію другой стороны взаимоотношенія между правомъ и государствомъ, именно, — къ вопросу о воздѣйствіи права на государственную организацію, или, выражаясь точнѣе, къ вопросу о дѣйствіи права въ качествѣ нормы организаціи и функціонированія государственной власти.

Въ историческомъ очеркѣ взаимоотношенія между правомъ и государствомъ (§ 42) мы уже указали, что высшую степень проникновенія государственной организаціи началами права представляетъ собою такой государственный порядокъ, при которомъ въ правовую форму облекаются не только организація властвованія, но и проявленія государственной власти въ ихъ отношеніи къ населенію. При этомъ было отмѣчено, что такой порядокъ устанавливается окончательно лишь тогда, когда государственная власть признаетъ за подданными не только обязанности, но и извѣстныя права, притязанія по отношенію къ государству. Эти признанныя права являются правовыми предѣлами для проявленій государственной власти.

I. Государство, въ которомъ для проявленій власти установлены правовыя формы и правовые предѣлы, принято называть въ государствовѣдѣніи правовымъ государствомъ (Rechtsstaat).

Мы уже знаемъ, что о правовомъ государствѣ говорили первоначально въ противоположность полицейскому (см. выше, стр. 314) и понимали подъ правовымъ государствомъ ограниченіе задачъ государственной власти культурою права въ смыслѣ правотворенія въ законодательствѣ и защиты права на судѣ; задачу управленія сводили при этомъ къ обезпеченію внѣшней безопасности личности, т. е. тоже къ защитѣ права въ особомъ административномъ, или, какъ тогда говорили, исполнительномъ порядкѣ. Съ теченіемъ времени убѣдились, что государственное управленіе не только можетъ, но и должно простираться на содѣйствіе культурѣ общества, и подъ вліяніемъ этого по вопросу о задачахъ и компетенціи государственной власти правовое государство было замѣнено понятіемъ государства культурнаго (Kulturstaat, см. выше, стр. 317). Понятіе и терминъ правового государства были такимъ образомъ исключены изъ ученія о задачахъ и компетенціи государственной власти. Но отъ этого правовое государство не исчезло изъ числа понятій научнаго правовѣдѣнія и государствовѣдѣнія; измѣнилось лишь его пониманіе. Правовымъ стали называть (см. выше, стр. 344) и теперь называютъ государ-

ство не по его задачѣ и компетенціи, а по пріемамъ его дѣятельности. Специфическимъ признакомъ правового государства въ современномъ его пониманіи является безусловное признаніе правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ для всѣхъ проявленій государственной власти. Существенное для правового государства значеніе имѣетъ вопросъ не о томъ, на что направляется дѣятельность государства, а о томъ, какъ она осуществляется, или, говоря иначе, вопросъ о томъ, какъ государство правитъ.

Въ развитіи правового государства можно различать двѣ стадіи, изъ которыхъ первая характеризуется установленіемъ законности правленія, вторая же сверхъ законности правленія еще и признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ подданныхъ, становящихся въ силу этого гражданами (см. выше, стр. 297—298).

Законность правленія обозначаетъ такой государственный порядокъ, при которомъ законъ признается высшей нормой для дѣятельности государства, и отправленіе всѣхъ функцій государственной власти въ принципѣ совершается на точномъ основаніи существующихъ законовъ. Законъ опредѣляетъ порядокъ и содержаніе дѣятельности судебныхъ учрежденій и устанавливаетъ компетенцію, порядокъ и образъ дѣятельности административныхъ органовъ. Судъ и управленіе становятся такимъ образомъ подзаконными и по формѣ, и по содержанію своей дѣятельности. Такъ какъ законодательство заключается въ правотвореніи, въ замѣнѣ старыхъ законовъ новыми, то само собою разумѣется, что по содержанію своему оно не можетъ быть подзаконнымъ въ смыслѣ исполненія и соблюденія существующихъ законовъ. Начало законности примѣнительно къ законодательству выражается лишь въ соблюденіи порядка изданія закона, установленнаго существующими законами.

Законность правленія неразрывно связана съ верховенствомъ закона надъ всѣми остальными источниками и видами положительнаго права. Поэтому законность правленія водворяется вмѣстѣ съ упроченіемъ указаннаго верховенства закона. Законность правленія провозглашалась въ XVIII столѣтіи, въ эпоху полицейскаго государства, и существовала въ принципѣ при старомъ порядкѣ, въ неограниченной монархіи.

Законность правленія упорядочиваетъ дѣятельность подчиненныхъ государственныхъ органовъ: устанавливаетъ правильную іерархію властованія въ видѣ стройной системы административныхъ и судебныхъ инстанцій, опредѣляетъ компетенцію каждаго изъ подчиненныхъ органовъ и предписываетъ опредѣленныя формы для отправленія его функцій. Такимъ путемъ обезпечивается прочное господство прямыхъ государственныхъ органовъ, или верховной власти, и планомѣрное осуществленіе тѣхъ цѣлей, которыя положены правленію въ законахъ.

Изъ объективныхъ правоположеній закона, регламентирующаго систему правленія, вытекаетъ рядъ юридическихъ отношеній между іерархи-

чески расположенными органами государственной власти. Отправленіе функцій всѣми подчиненными органами представляетъ собою исполненіе обязанности ихъ по отношенію къ носителю верховной власти, который обладаетъ правовымъ притязаніемъ на закономѣрное исполненіе ими ихъ служебныхъ функцій. Высшіе органы надѣлены извѣстными правами руководства и надзора по отношенію къ низшимъ; на низшихъ возложена обязанность опредѣленнаго служебнаго подчиненія высшимъ. Можно, наконецъ, говорить и о правѣ низшихъ органовъ на отправленіе ими своихъ функцій въ предѣлахъ установленной компетенціи, каковую высшіе органы обязаны не нарушать.

Порождая многообразныя юридическія отношенія между государственными органами, законность правленія, взятая сама по себѣ, не устанавливаетъ юридическихъ отношеній между государствомъ и населеніемъ. Между ними существуетъ лишь одно простое юридическое отношеніе, слагающееся изъ права носителя верховной власти на безусловное подчиненіе населенія и обязанности послѣдняго безусловно же повиноваться. Этимъ все исчерпывается, и въ порядкѣ функціонированія органовъ государственной власти не возникаетъ никакихъ юридическихъ отношеній между властью и населеніемъ, которое разсматривается лишь какъ объектъ государственнаго воздѣйствія.

Несомнѣнно, что государственная власть въ эпоху монархическаго абсолютизма служила и общему благу, интересамъ подвластнаго общества, и даже признавала такого рода служеніе своей обязанностью, но обязанностью религіозной или нравственной, которою носители верховной власти почитали себя связанными передъ Богомъ или передъ своею совѣстью. Юридической обязанности по отношенію къ подвластнымъ, которой соотвѣтствовали бы субъективныя права послѣднихъ, носители власти не признавали.

Система правленія, основанная на началѣ законности, если не устраняла, то во всякомъ случаѣ ограничивала произволъ подчиненныхъ государственныхъ органовъ и такимъ образомъ доставляла извѣстное обезпеченіе личнымъ и общественнымъ интересамъ подданныхъ. Такъ какъ подзаконная дѣятельность подчиненныхъ государственныхъ органовъ составляла ихъ обязанность по отношенію къ верховной власти, а верховная власть не признавала за собою въ порядкѣ управленія никакихъ юридическихъ обязанностей по отношенію къ подданнымъ, обезпеченіе интересовъ подданныхъ, вытекающее изъ законности правленія, было лишь рефлективнымъ дѣйствіемъ права (см. выше, стр. 125) государства на закономѣрное функціонированіе его органовъ, а не удовлетвореніемъ субъективныхъ правъ подданныхъ на опредѣленное поведеніе органовъ власти.

Если подчиненные органы дѣйствовали не закономѣрно и этимъ наносили вредъ населенію, то тѣ или другія пострадавшія лица не могли искать своихъ нарушенныхъ правъ по той простой причинѣ, что вообще у нихъ не было никакихъ правъ по отношенію къ государству. Они могли

только жаловаться по инстанціямъ на нарушеніе объективной нормы закона. Жалоба есть ничто иное, какъ доведеніе до свѣдѣнія начальства и самаго носителя верховной власти о томъ, что нарушены права послѣдняго, и что отъ этого страдаетъ подвластное населеніе.

Высшую степень проникновенія государственной организаціи правомъ представляетъ собою принципіальное признаніе юридическихъ отношеній между государствомъ и подданными въ порядкѣ правленія и вытекающее отсюда установленіе субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ.

Различаются троякаго рода субъективныя публичныя права гражданъ: 1) права на участіе во власти, 2) права на свободу отъ власти, 3) права на содѣйствіе власти.

Подъ правами на участіе во власти разумѣются какъ избирательныя права гражданъ, такъ и права выборныхъ отъ населенія государственныхъ органовъ. Участіе населенія во власти простирается какъ на прямые государственные органы, такъ и на подчиненные, и проявляется сообразно этому въ народномъ представительствѣ и въ разнаго рода мѣстномъ самоуправленіи.

Народному представительству принадлежитъ существеннѣйшее значеніе въ дѣлѣ упроченія и фактическаго обезпеченія правомѣрности въ дѣятельности государственной власти. При правленіи исключительно бюрократическомъ законность осуществлялась съ большимъ трудомъ и никогда не могла быть прочной. Причиною тому было отсутствіе въ организаціи власти самостоятельнаго общественнаго элемента, который могъ бы быть противопоставленъ правящей бюрократіи и служилъ бы по отношенію къ ней сдержкой, которая удерживала бы ее въ строгихъ предѣлахъ закона. Эту необходимую функцію исполняетъ народное представительство, надѣленное правами надзора за закономѣрностью правленія.

Законность правленія представляетъ собою чисто формальный принципъ. Если законы по содержанію своему не отвѣчаютъ потребностямъ населенія, то самое строгое соблюденіе законности правленія не обезпечиваетъ интересовъ общества, или т. н. общаго блага. Во имя послѣдняго приходится отступать отъ требованій закона самимъ органамъ власти. Такого рода отступленія встрѣчаются обществомъ сочувственно и пріемлются съ благодарностью какъ моральной, такъ и матеріальной. Само собою разумѣется, что отступленія эти вообще подрываютъ чувство и дѣйствіе законности и открываютъ широкій просторъ для всякаго рода произвольныхъ уклоненій отъ закона какъ со стороны власти, такъ и со стороны населенія. Участіе народнаго представительства въ законодательствѣ содѣйствуетъ установленію соотвѣтствія между содержаніемъ законовъ и потребностями общества и такимъ образомъ служитъ надежнѣйшимъ средствомъ для укрѣпленія законности правленія.

Права на свободу отъ власти обезпечиваютъ за индивидомъ опредѣленную закономъ сферу духовныхъ и матеріальныхъ интересовъ и изъемлютъ ихъ изъ подъ воздѣйствія и вмѣшательства со стороны государственной власти. Сюда относятся: свобода вѣроисповѣданія, личная свобода (свобода передвиженія и огражденіе отъ незаконнаго ареста), неприкосновенность жилища, свобода и неприкосновенность частной собственности, свобода и тайна частной переписки, свобода занятій и промысловъ, свобода слова, свобода печати, свобода науки, свобода собраній и союзовъ. Права индивидуальной свободы во всѣхъ указанныхъ ея проявленіяхъ извѣстны подъ названіемъ правъ свободы (Freiheitsrechte), или гражданскихъ правъ (Bürgerrechte), или правъ гражданской свободы въ отличіе отъ свободы политической, подъ каковой разумѣется участіе гражданъ во власти.

Права на содѣйствіе власти опредѣляются различно въ своемъ объемѣ и по содержанію въ зависимости отъ опредѣленія задачъ государственной дѣятельности. Когда правовое государство опредѣляли по содержанію его дѣятельности и сводили послѣднюю къ правотворенію, судебной защитѣ права и обезпеченію личной безопасности, права индивида на содѣйствіе власти ограничивали правами на судебную защиту и обезпеченіе безопасности личности и имущества гражданъ. Когда убѣдились въ неизбѣжности государственной дѣятельности въ сферѣ экономической и культурной жизни общества, и по мѣрѣ развитія государственнаго управленія въ духѣ т. н. соціальной политики (см. выше, стр. 317), объемъ и содержаніе правъ гражданъ на содѣйствіе власти сталъ расширяться. Такъ, при системѣ организованнаго государствомъ призрѣнія бѣдныхъ возникаетъ право на призрѣніе, при обязательномъ всеобщемъ обученіи — право на обученіе, при государственной регламентаціи труда — право на защиту труда отъ эксплоатаціи работодателемъ и т. д. Новѣйшая дѣятельность государства, направленная на устраненіе острыхъ соціальныхъ конфликтовъ и на поддержаніе элементовъ соціально слабыхъ при свободѣ конкуренціи, можетъ послѣдовательно привести къ установленію общаго права гражданина на содѣйствіе власти въ дѣлѣ обезпеченія его существованія (см. выше, стр. 351). Вслѣдствіе этого нѣкоторые новѣйшіе юристы говорятъ, что въ настоящее время слагается новый видъ субъективныхъ публичныхъ правъ, именно, право на существованіе. Выше (см. стр. 351) мы отмѣтили, что послѣ великой войны и революціи задачи соціальной политики государства ставятся значительно шире. Государство смотритъ на осуществленіе этихъ задачъ какъ на свою прямую обязанность. Все же однако и въ новѣйшее время государство не выдѣляетъ отсюда соотвѣтственнаго субъективнаго публичнаго права для гражданъ. Граждане пользуются въ этомъ отношеніи только рефлективнымъ дѣйствіемъ права (см. выше, стр. 125), точнѣе рефлексомъ односторонней обязанности, лежащей на государствѣ. Такую позицію занимаетъ Германская конституція отъ 11 августа 1919 г., которая вообще въ дѣлѣ признанія государственныхъ задачъ соціальной политики выступаетъ весьма рѣшительно и смѣло. Конституція эта опредѣляетъ, что всякому гражданину должна быть предоставлена возможность зарабатывать на свое содержаніе путемъ хозяйственнаго труда; поскольку подходящая работа не можетъ быть указана, про-

является забота о необходимомъ содержаніи гражданина (ст. 163)[1]. Не сказано даже, кто, какой именно государственный органъ долженъ проявить эту заботу. Само собою разумѣется, на основаніи этой статьи никакъ нельзя говорить о признаніи права на существованіе. Да и самая статья носитъ чисто декларативный характеръ.

Законность правленія и система субъективныхъ публичныхъ правъ взаимно восполняютъ другъ друга и въ своей совокупности обезпечиваютъ полное осуществленіе идеи правового государства. Законность правленія создаетъ правовыя формы для проявленій государственной власти, система субъективныхъ публичныхъ правъ устанавливаетъ правовые предѣлы для проявленій государственной власти. Необходимо отмѣтить, что облеченіе дѣятельности государственныхъ органовъ въ правовыя формы подзаконности само по себѣ является уже нѣкоторой правовой сдержкой проявленій государственной власти. Но устанавливаемый такимъ образомъ предѣлъ не можетъ быть ни достаточно точнымъ, ни въ должной мѣрѣ прочнымъ, такъ какъ онъ вытекаетъ только изъ объективныхъ требованій закона и не опирается на субъективныя права подданныхъ. Съ признаніемъ же послѣднихъ вводятся въ организацію властвованія новые элементы, и прежде всемогущее (абсолютное) государство встрѣчаетъ на своемъ пути самоцѣльную и самоцѣнную личность, какъ реальный предѣлъ для воздѣйствія власти.

Послѣ того какъ мы выяснили, что исторически наиболѣе совершенное осуществленіе идеи правового государства достигается путемъ сочетанія законности правленія съ системой субъективныхъ публичныхъ правъ, перейдемъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, какъ проводится это сложное начало правомѣрности (назовемъ его такъ въ отличіе отъ простого начала законности правленія) во всѣхъ трехъ отрасляхъ проявленія государственной власти, — въ законодательствѣ, въ судѣ и въ управленіи.

II. Начало правомѣрности проявленія государственной власти выставляетъ по отношенію къ законодательству два существенныхъ требованія, — одно формальнаго характера и одно характера матеріальнаго. Требованіе формальнаго характера заключается въ томъ, чтобы законы издавались компетентными къ тому государственными органами и въ установленномъ законодательномъ порядкѣ. Требованіе матеріальнаго характера состоитъ въ томъ, чтобы законы по содержанію своему не выходили изъ правовыхъ предѣловъ, поставленныхъ вмѣшательству государственной власти въ личную и общественную жизнь. Указанныя требованія удовлетворяются чрезъ установленіе особой категоріи основныхъ законовъ и надѣленіе ихъ наибольшей въ государствѣ силою обязательнаго дѣйствія.

Основные законы опредѣляютъ, съ одной стороны, устройство прямыхъ государственныхъ органовъ, къ

[1] „Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt" (Art. 163).

компетенціи которыхъ относится законодательная дѣятельность, и порядокъ изданія законовъ, съ другой стороны, — субъективныя публичныя права гражданъ. Такимъ образомъ въ основныхъ законахъ устанавливаются и правовыя формы, и правовые предѣлы законодательства.

Основные законы надѣляются наибольшей въ государствѣ силой обязательнаго дѣйствія и стоятъ въ этомъ отношеніи выше всѣхъ остальныхъ законовъ, которые въ отличіе отъ основныхъ называются обыкновенными. Обыкновенные законы не могутъ нарушать законовъ основныхъ, и въ принципѣ обыкновенные законы дѣйствительны подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ основнымъ. Въ такое же подчиненіе основнымъ законамъ поставлены и чрезвычайные указы въ порядкѣ верховнаго управленія, надѣляемые, какъ извѣстно (см. выше, стр. 372—373) временной силой законовъ[1]. Чрезвычайные указы могутъ лишь временно пріостанавливать дѣйствіе отдѣльныхъ основныхъ законовъ, касающихся субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, но такія пріостановки должны производиться при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ на точномъ основаніи основныхъ законовъ, опредѣляющихъ компетенцію чрезвычайнаго указнаго права въ порядкѣ верховнаго управленія.

Организація прямыхъ государственныхъ органовъ и установленіе субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, составляющіе предметъ содержанія основныхъ законовъ, представляютъ собою главные моменты, по которымъ опредѣляется строй государства, или его конституціи (см. выше, стр. 346). Поэтому основные законы (leges fundamentales, lois fondamentales, Grundgesetze) называются также конституціонными законами (lois constitutionnelles, Verfassungsgesetze). Единый законодательный актъ, въ которомъ изданы всѣ основные законы, или совокупность нѣсколькихъ законодательныхъ актовъ, содержащихъ въ себѣ основные законы, называются конституціей (constitution, Verfassung), или точнѣе конституціоннымъ актомъ (acte constitutionnel, Verfassungsurkunde).

Всякое государство имѣетъ опредѣленный строй, свою конституцію. Поэтому во всякомъ государствѣ могутъ быть и бываютъ свои основные законы. Были основные законы и въ эпоху господства въ Европѣ неограниченной монархіи. Такъ, во Франціи при старомъ порядкѣ и наука государственнаго права, и практика высшихъ судовъ, — парламентовъ, признавали существованіе законовъ королевства (leges regni, lois du royaume) и основныхъ законовъ страны (см. выше, стр. 355). Послѣдніе обнимали собою не столько законы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, сколько обычноправовой укладъ властвованія, основанный на преданіи, или традиціи, отчего и

[1] Если мы сопоставимъ дѣленіе законовъ на основные и обыкновенные съ дѣленіемъ правотворящихъ актовъ государственной власти на законы и указы (см. § 43, II), то окажется возможнымъ расположить всѣ акты правотворенія государственной власти по силѣ ихъ обязательнаго дѣйствія въ слѣдующемъ нисходящемъ порядкѣ: основные законы, обыкновенные законы, чрезвычайные указы, указы верховнаго управленія, указы центральныхъ органовъ подчиненнаго управленія, указы мѣстныхъ органовъ подчиненнаго управленія какъ правительственнаго, такъ и общественнаго.

самая конституція неограниченной французской монархіи именовалась традиціонной конституціей (constitution traditionelle). «Основные законы» существовали у насъ до учрежденія народнаго представительства, и съ нихъ начинался I томъ Свода Законовъ Россійской Имперіи, впервые изданный при императорѣ Николаѣ I. Послѣ манифеста 17 октября 1905 г. и учрежденія Государственной Думы были изданы императоромъ Николаемъ II 23 апрѣля 1906 года новые Основные Законы.

При неограниченной монархіи и сопутствующемъ ей бюрократическомъ правленіи не имѣется въ составѣ государственнаго строя свободнаго общественнаго элемента, который могъ бы удерживать склонную къ произволу бюрократію отъ нарушеній законности вообще и основныхъ законовъ въ частности. Вслѣдствіе этого основные законы остаются необезпеченными въ своей превосходящей силѣ дѣйствія по отношенію къ законамъ обыкновеннымъ и даже по отношенію къ указамъ[1]. Въ виду засвидѣтельствованнаго исторіей практическаго безсилія основныхъ законовъ при старомъ порядкѣ, термину «основные» и особенно «конституціонные законы», а также термину «конституція» придаютъ обычно болѣе тѣсный смыслъ для обозначенія основныхъ законовъ государствъ, въ которыхъ народъ участвуетъ во власти. Сообразно этому конституціоннымъ государствомъ или конституціонализмомъ называютъ такое государство или такой образъ правленія, которые основаны на участіи народа во власти[2].

Учрежденіе народнаго представительства исторически сопровождалось установленіемъ или по крайней мѣрѣ принципіальнымъ признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ. Наличность послѣдняго установленія или признанія существенно отличаетъ конституціонные законы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова отъ основныхъ законовъ стараго порядка, который не зналъ юридическихъ отношеній между государственною властью и подданными въ сферѣ конкретныхъ проявленій властвованія. Въ соотвѣтствіи съ этимъ подъ конституціонализмомъ понимаютъ образъ правленія, характеризуемый не только участіемъ народа во власти, но и признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ въ качествѣ правового предѣла для проявленій государственной власти[3]. Конституціонализму въ этомъ смыслѣ противополагаютъ государственный абсолютизмъ, т. е. такой образъ правленія, при которомъ государственная власть, хотя и допускаетъ для своихъ проявленій сдержки религіознаго и моральнаго характера, но не знаетъ для нихъ правовыхъ предѣловъ, вытекающихъ изъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, въ особенности изъ правъ гражданской свободы (сравни просвѣщенный абсолютизмъ, см. выше, стр. 311—312). Къ сказанному необходимо добавить, что наличность правовыхъ предѣловъ властвованія при конституціонномъ образѣ правленія не исключаетъ рели-

[1] Сравни съ шаткостью различія законовъ и указовъ при отсутствіи народнаго представительства (см. выше стр. 374).

[2] Сравни сказанное выше (стр. 346) о конституціонной монархіи.

[3] Формальное начало такого пониманія конституціонализма должно быть возведено къ «Декларація правъ человѣка и гражданина», статья 16-ая которой гласила: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution.

гіозныхъ и моральныхъ сдержекъ власти. Послѣднія остаются и необходимы, ибо основныя конституціонныя нормы не снабжены правовой санкціей (см. выше, стр. 231), и всякое осуществленіе права, какъ намъ уже приходилось говорить объ этомъ (см. выше, стр. 222—223), въ конечномъ итогѣ должно опредѣляться сознаніемъ нравственнаго долга, а это сознаніе пріобрѣтаетъ наибольшую устойчивость, когда укрѣпляется религіознымъ настроеніемъ.

Конституціи самаго послѣдняго времени сверхъ положеній о организаціи государственной власти и о субъективныхъ публичныхъ правахъ гражданъ содержатъ еще спеціальныя опредѣленія о задачахъ соціальной политики государства. Послѣднимъ посвящаетъ особые отдѣлы Германская Конституція отъ 11 августа 1919 г. (Die Verfassung des Deutschen Reichs, II. Hauptteil, V. Abschnitt: Das Wirtschaftsleben) и по ея образцу Конституція Королевства Сербовъ, Хорватовъ и Словенцевъ отъ 28 іюня 1922 г. (отдѣлъ III: Соціальныя и экономическія постановленія). Такое положеніе дѣла соотвѣтствуетъ современному пониманію культурнаго государства (см. выше, стр. 317) и въ частности вызвано тѣмъ обостреньемъ соціальнаго вопроса, которое проявилось во время великой войны и еще болѣе въ послѣдовавшихъ за войной революціяхъ. Какъ отмѣчено нами выше (см. стр. 400), самыя конституціи изъ своихъ соціально-политическихъ опредѣленій не выводятъ соотвѣтственныхъ субъективныхъ правъ для гражданъ. Къ тому же всѣ эти конституціонныя положенія носятъ главнымъ образомъ декларативный характеръ.

Послѣ экскурса по вопросу объ общемъ значеніи основныхъ законовъ для образа правленія возвратимся къ занимающему насъ спеціальному вопросу о значеніи основныхъ законовъ для установленія правомѣрности законодательства.

Для того, чтобы начало подчиненія обыкновенныхъ законовъ законамъ основнымъ проводилось на практикѣ безъ особыхъ затрудненій и съ достаточной опредѣленностью, основные законы надѣляются нѣкоторыми формальными признаками отличія отъ законовъ обыкновенныхъ. Формальное отличіе направлено на то, чтобы сообщить основнымъ законамъ легкую распознаваемость, а также большую, сравнительно съ обыкновенными законами, устойчивость.

Рѣзкимъ отличительнымъ формальнымъ признакомъ основныхъ законовъ является особый порядокъ ихъ изданія. Для проведенія грани, отдѣляющей основные законы отъ обыкновенныхъ, примѣняется такимъ образомъ подобный же принципъ, что и для разграниченія законовъ и указовъ.

Слѣдуетъ оговориться, что когда рѣчь идетъ объ особомъ порядкѣ изданія основныхъ законовъ, то при этомъ имѣется въ виду не первоначальное ихъ изданіе, а только возможное ихъ послѣдующее измѣненіе.

Первоначальное установленіе того или другого образа правленія, слѣдовательно, и опредѣляющихъ его основныхъ законовъ является дѣломъ факта такъ же, какъ и всякое первоначальное установленіе государственной власти (см. выше, стр. 357). Основные законы слагаются путемъ прецендентовъ и обычая, какъ это имѣло мѣсто въ историческомъ образованіи

неограниченныхъ монархій европейскаго материка, а также англійскаго конституціонализма и парламентаризма. Въ сословныхъ ограниченныхъ монархіяхъ значеніе основныхъ, конституціонныхъ законовъ имѣли привилегіи, которыя жаловались монархами сословіямъ (напр., Золотая Булла Андрея II въ 1222 г. въ Венгріи, Кищицкая привилегія 1374 г. въ Польшѣ), затѣмъ договоры, которые заключались между привилегированными сословіями и монархами при ихъ избраніи или даже при наслѣдственномъ вступленіи на престолъ (напр., Wahlcapitulationen въ Священной Римской Имперіи Нѣмецкаго Народа, pacta conventa и capitulationes въ Венгріи, pacta conventa въ Польшѣ). Первоначальная конституція С.-А. С. Штатовъ была издана въ 1787 г. спеціальнымъ учредительнымъ собраніемъ (Constitutional Convent). Польша перешла отъ историческаго своего сословнаго государственнаго устройства къ конституціонной монархіи новаго типа путемъ конституціи 3 мая 1791 г., которая была издана обыкновеннымъ сеймомъ въ спеціально продленной сессіи, т. н. четырехлѣтнимъ сеймомъ. Во Франціи традиціонная неограниченная монархія и государственный абсолютизмъ были отмѣнены во время великой французской революціи учредительнымъ собраніемъ (assemblée constituante), которое 26 августа 1789 г. провозгласило Декларацію правъ человѣка и гражданина, а 3 сентября 1791 года издало первую французскую писанную конституцію, установившую ограниченную конституціонную монархію. Позднѣе, въ XIX в. Франція имѣла нѣсколько конституцій, пожалованныхъ государями, или т. н. октроированныхъ конституцій. Переходъ отъ неограниченной монархіи къ ограниченной совершился въ большинствѣ европейскихъ континентальныхъ государствъ въ XIX в. путемъ октроированныхъ конституцій. Исторіи извѣстны даже случаи установленія основныхъ законовъ посторонней властью; таково, напримѣръ, установленіе конституціи Герцогства Варшавскаго Наполеономъ I. Въ иныхъ случаяхъ первоначальное конституціонное устройство государствъ ставилось въ зависимость отъ международныхъ договоровъ. Таково, напримѣръ, было значеніе Берлинскаго трактата 1878 г. для Балканскихъ государствъ. Не останавливаясь на другихъ историческихъ примѣрахъ, скажемъ, что первоначальное изданіе основныхъ законовъ не поддается формально-юридическому учету и въ этомъ смыслѣ представляетъ собою явленіе, лежащее за предѣлами права, нѣчто метаюридическое, выражаясь терминомъ, который введенъ Іеллинекомъ и принятъ въ наукѣ государственнаго права.

Съ точки зрѣнія строго юридической конструкціи особеннаго вниманія заслуживаютъ два вида первоначальнаго установленія основныхъ, или конституціонныхъ законовъ, именно: октроированіе (пожалованіе) конституціи государемъ и изданіе конституціи учредительнымъ собраніемъ. Каждый изъ этихъ видовъ опирается на особую политико-правовую идеологію. Первый изъ нихъ отправляется отъ идеи монархическаго суверенитета (см. выше, стр. 284—285), второй — отъ идеи народнаго суверенитета (см. выше стр. 286—287). Съ точки зрѣнія идеи монархическаго суверенитета монарху принадлежитъ цѣлокупная государственная власть, и монархъ признается источникомъ всего государственнаго устройства. Сообразно этому, какое бы то ни было ограниченіе его въ отправленіи верховной власти и участіе народа во власти могутъ правомѣрно возникнуть только путемъ

добровольной уступки народу со стороны монарха извѣстной части государственной власти, путемъ пожалованія монархомъ народу субъективныхъ публичныхъ правъ и октроированія конституціи. Съ точки зрѣнія идеи народнаго суверенитета цѣлокупная государственная власть принадлежитъ народу, слѣдовательно, народу принадлежитъ и право первоначальнаго установленія государственнаго строя, или т. н. учредительная власть (pouvoir constituant, см. выше, стр. 287). Эта послѣдняя отличается отъ власти законодательной, какъ чрезвычайная власть отъ обыкновенной. Такъ какъ народный суверенитетъ осуществляется вообще чрезъ народное представительство, то различаются два вида послѣдняго, — обычная законодательная палата и учредительное собраніе. Первая издаетъ обыкновенные законы, второе — основные.

Современная теорія государственнаго права считаетъ и идею монархическаго суверенитета, и идею народнаго суверенитета принципами чисто политическими. Поэтому не присоединяется ни къ одной, ни къ другой и учитъ, что суверенитетъ принадлежитъ государству, какъ юридической личности. Такимъ образомъ научная теорія государственнаго права проводитъ ту мысль, что суверенитетъ есть извѣстное формальное свойство и признакъ государственной власти (см. стр. 287—289). Сообразно этому подлежитъ измѣненію и старый взглядъ на октроированіе конституцій и на составленіе ихъ учредительнымъ собраніемъ. Нельзя болѣе утверждать, что октроированіе конституціи есть проявленіе монархическаго суверенитета, а изданіе ея учредительнымъ собраніемъ есть проявленіе народнаго суверенитета. И то, и другое одинаково представляетъ собою проявленіе одной и той же суверенной государственной власти, только осуществляемое чрезъ посредство различныхъ государственныхъ органовъ. Какой изъ этихъ органовъ, монархъ ли, или учредительное собраніе, или оба вмѣстѣ должны отправлять учредительную функцію, это уже зависитъ отъ политической конъюнктуры, которая вообще опредѣляетъ реальное состояніе государства. Само собою разумѣется, что новѣйшая демократія предоставляетъ учредительную функцію народному представительству или совмѣстному осуществленію со стороны учредительнаго собранія и монарха.

Какъ слѣдствіе великой войны и Версальскаго мира, а также революціонныхъ переворотовъ и разнаго рода «совершившихся фактовъ» (faits accomplis), хотя бы и мирныхъ въ политическомъ отношеніи, но все-же революціонныхъ съ точки зрѣнія права, возникъ въ Европѣ *рядъ новыхъ государствъ*. Возникъ и вопросъ о первоначальномъ устроеніи этихъ государствъ, о первоначальномъ установленіи для нихъ основныхъ законовъ. Всѣ эти государства рѣшили данный вопросъ путемъ *учредительныхъ собраній*. Такимъ образомъ состоялись учредительныя собранія въ Германіи, Австріи, въ Чехо-Словакіи, въ Польшѣ, въ Королевствѣ Сербовъ, Хорватовъ и Словенцевъ и издали соотвѣтственныя конституціи.

Всѣ указанныя учредительныя собранія созидали нѣчто новое и въ своей созидательной работѣ были съ юридической точки зрѣнія вполнѣ свободны, самостоятельны, независимы, такъ сказать, суверенны. Однако, съ соціологической точки зрѣнія между ними имѣется извѣстная разница. Одни изъ нихъ строили государство на совершенно новой почвѣ полити-

ческой самостоятельности, которой ихъ страны раньше не знали; другія же имѣли подъ собой историческую основу непосредственно предшествовавшей государственности, которую они только существенно измѣняли или къ которой они присоединялись. Изъ названныхъ выше странъ къ первой категоріи относятся Чехо-Словакія и Польша, ко второй — Германія, Австрія и Королевство С. Х. С. Германское учредительное собраніе приняло принципъ союзнаго государства и основныя черты государственнаго устройства прежней имперіи, хотя и существенно ихъ измѣнило, введя республиканскую форму правленія, унитарную идею (стремленіе къ государственному единству), парламентаризмъ и т. д. Австріиское учредительное собраніе сохранило обязательную силу нѣкоторыхъ старыхъ императорскихъ указовъ конституціоннаго характера (напр., объ общихъ гражданскихъ правахъ указъ 1867 г.) и осуществило мысль, выдвинутую въ манифестѣ императора Карла отъ 17 октября 1918 г., въ которомъ императоръ призывалъ подвластные ему народы къ преобразованію имперіи въ союзное государство. Учредительное собраніе Королевства С. Х. С., прежде чѣмъ приступить къ своей работѣ, принесло присягу на вѣрность королю и, хотя въ послѣдующей своей дѣятельности было вполнѣ свободно, тѣмъ не менѣе считалось съ властью монарха, какъ съ извѣстнымъ историческимъ, если не правомъ, то фактомъ, который въ дѣйствительности былъ могущественнѣе формальныхъ неограниченныхъ полномочій учредительнаго собранія.

Въ заключеніе надлежитъ отмѣтить, что учредительное творчество новыхъ государственныхъ образованій находилось подъ формальнымъ и дѣйствительнымъ вліяніемъ международныхъ факторовъ. Германская конституція торжественно заявляетъ (ст. 178), что она ни въ чемъ не нарушила постановленіе Версальскаго мирнаго договора и сообразно этому, напримѣръ, въ спеціальномъ примѣчаніи признаетъ недѣйствительность своего собственнаго постановленія (ст. 61) о принятіи Нѣмецкой Австріи въ составъ союзнаго государства Германской Имперіи. Точно также Австрійское учредительное собраніе было вынуждено признать недѣйствительность тѣхъ своихъ постановленій, которыя оказались несогласными съ С.-Жерменскимъ договоромъ. Выдвинутый Лигой Націй принципъ о защитѣ и государственно-правномъ признаніи иноплеменнаго и иноземнаго меньшинства былъ признанъ обязательнымъ для учредительныхъ собраній Чехо-Словакіи, Польши и другихъ новообразовавшихся или преобразовавшихся государствъ.

Все это подтверждаетъ вышеприведенную мысль о томъ, что первоначальное установленіе основныхъ законовъ представляетъ собою явленіе метаюридическое.

Теперь переходимъ къ вопросу объ измѣненіи основныхъ законовъ.

Для измѣненія основныхъ законовъ современное положительное государственное право знаетъ два пути: 1) измѣненіе основныхъ законовъ ввѣряется особому учредительному собранію, и 2) измѣненіе основныхъ законовъ производится обыкновенными законодательными учрежденіями, но въ особомъ для того установленномъ порядкѣ. Болѣе принятымъ и распространеннымъ является второй изъ указанныхъ путей.

Первый путь дѣйствуетъ въ С.-А. С. Штатахъ, какъ той именно державѣ, которая еще въ XVIII в. созвала учредительный конвентъ и издала на немъ первую писанную конституцію. И въ настоящее время въ С.-А. С. Штатахъ сохраняется институтъ учредительнаго конвента. Но въ настоящее время созывъ учредительнаго конвента требуется лишь въ томъ случаѣ, когда инициатива въ дѣлѣ измѣненія конституціи исходитъ отъ отдѣльныхъ штатовъ. Кромѣ того требуется, чтобы постановленіе учредительнаго конвента объ измѣненіи конституціи было утверждено тремя четвертями всѣхъ штатовъ, которые рѣшаютъ этотъ вопросъ или въ обыкновенныхъ законодательныхъ собраніяхъ, или въ мѣстныхъ учредительныхъ конвентахъ, смотря по тому, какой изъ этихъ двухъ путей будетъ указанъ федеральнымъ конгрессомъ.

Франція, которая въ XVIII вѣкѣ развила теорію особой учредительной власти, теперь по конституціи третьей республики не знаетъ института учредительнаго собранія въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Но все же рѣшеніе вопроса объ измѣненіи конституціи ввѣряется во Франціи особому т. н. національному собранію, которое образуется изъ соединенія обоихъ законодательныхъ палатъ (палаты депутатовъ и сената) въ совмѣстномъ засѣданіи.

Учредительныя собранія, которымъ ввѣряется рѣшеніе вопроса объ измѣненіи конституціи, съ теоретической точки зрѣнія ограничены основными правовыми началами существующей конституціи, на основаніи которой они сами дѣйствуютъ. Въ иныхъ случаяхъ такое ограниченіе оговаривается въ положительномъ правѣ. Такъ, напримѣръ, въ С.-А. С. Штатахъ не подлежатъ измѣненію основныя начала федеральнаго устройства и равенство всѣхъ гражданъ передъ закономъ. Во Франціи не подлежитъ измѣненію республиканская форма правленія. Фактически однако всякое проявленіе учредительной власти легко можетъ перейти чрезъ предѣлы, сохраненіе которыхъ необходимо для устойчивости и прочности государственнаго порядка. Гарантіей противъ возможныхъ потрясеній является нравственное сознаніе и совѣсть носителей учредительной власти (сравн. выше, стр. 403—404).

Второй путь для измѣненія основныхъ законовъ состоитъ, какъ мы уже знаемъ, въ томъ, что измѣненіе ввѣряется обыкновеннымъ законодательнымъ учрежденіямъ, только они рѣшаютъ данный вопросъ въ особо для того установленномъ порядкѣ.

Особый порядокъ для измѣненія основныхъ законовъ представляетъ собою тотъ же законодательный порядокъ, только осложненный и вслѣдствіе того замедленный. Осложненіе при этомъ бываетъ различное. Оно заключается либо въ томъ, что одному изъ элементовъ верховной власти дается особое преимущество предъ другими, напр., монарху предъ народнымъ представительствомъ или народу (избирателямъ) предъ законодательными палатами, либо въ томъ, что процессъ обсужденія и одобренія законодательными палатами нѣсколько задерживается и затрудняется въ своемъ теченіи вслѣдствіе требованія многократности обсужденія, квалифицированнаго большинства для рѣшенія, иногда вслѣдствіе требованія роспуска палатъ, предложившихъ измѣненіе, и созыва новыхъ для его принятія. Всѣ эти осложненія преслѣдуютъ одну и ту-же цѣль, — стремятся придать

основнымъ законамъ извѣстную неподвижность и возможно большую устойчивость, защищая ихъ отъ скороспѣлыхъ и легкомысленныхъ измѣненій. Государства, въ которыхъ принятъ референдумъ, предлагаютъ окончательное рѣшеніе вопроса объ измѣненіи конституціи на референдумъ, т. е. на голосованіе избирателей. Такъ обстоитъ дѣло въ Швейцаріи, а также въ Германіи и Австріи по ихъ новѣйшимъ республиканскимъ конституціямъ.

У насъ въ Россіи особенность въ порядкѣ измѣненія основныхъ законовъ состояла въ томъ, что право иниціативы (почина) въ дѣлѣ пересмотра основныхъ законовъ принадлежало единственно Государю Императору и не было предоставлено ни Государственной Думѣ, ни Государственному Совѣту. Но внесенный по Высочайшему повелѣнію проектъ измѣненія основныхъ законовъ получалъ дальнѣйшее направленіе и движеніе въ общемъ законодательномъ порядкѣ. Нерушимость послѣдняго въ данномъ случаѣ подтверждалась тѣмъ, что наши основные законы (ст. 87) спеціально запрещали вносить въ основные законы какія либо измѣненія путемъ чрезвычайныхъ указовъ (см. выше, стр. 373).

Въ нѣкоторыхъ государствахъ (въ Италіи, въ Испаніи и нѣк. другихъ) измѣненіе основныхъ законовъ происходитъ въ общемъ законодательномъ порядкѣ безъ какихъ бы то ни было отступленій и осложненій. При такомъ положеніи дѣла формальный признакъ отличія основныхъ законовъ отъ обыкновенныхъ выражается единственно въ томъ, что основные законы выдѣлены въ особый актъ («конституцію» въ Испаніи, «основной статутъ» въ Италіи), противополагаемый законамъ обыкновеннымъ.

Для дѣйствительнаго водворенія въ законодательствѣ начала правомѣрности не достаточно опредѣлить формальный признакъ отличія основныхъ законовъ отъ обыкновенныхъ. Необходимо еще установить особыя гарантіи, т. е. спеціальныя мѣры обезпеченія основныхъ законовъ отъ неправомѣрнаго измѣненія и нарушенія ихъ законами обыкновенными. Соотвѣтственныя мѣры могутъ приниматься или въ процессѣ изданія законовъ, — при ихъ обнародованіи, или же въ порядкѣ примѣненія законовъ.

Соединеніе испытанія (vérification) правомѣрности законовъ, или точнѣе непротиворѣчія обыкновенныхъ законовъ законамъ основнымъ, съ ихъ обнародованіемъ широко практиковалось еще при старомъ порядкѣ во Франціи. Обнародованіе законовъ входило тогда въ компетенцію высшихъ судовъ, или парламентовъ, въ особенности же Парижскаго парламента, куда короли непосредственно отправляли свои ордонансы (ordonnances) и всѣ свои правотворящіе акты подъ разными другими названіями (décrets, lettres patentes) для записи (регистрованія, enregistrement), опубликованія и храненія. Если изданный королемъ актъ противорѣчилъ основнымъ законамъ страны, парламентъ его не заносилъ въ свои регистры и дѣлалъ объ этомъ соотвѣтственное представленіе (remontrances) королю. Король или соглашался съ представленіемъ парламента, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ онъ бралъ свой указъ назадъ, какъ недѣйствительный, во второмъ случаѣ посылалъ парламенту послушной указъ (lettres de jussion) о регистраціи и публикаціи ордонанса, который по началу парламентъ признавалъ неправомѣрнымъ. Въ случаѣ упорства парламента король повторялъ послушной указъ два и три раза и, наконецъ, въ чрезвычайныхъ случаяхъ

лично являлся въ парламентъ. Въ торжественномъ засѣданіи въ присутствіи короля (на т. н. lit de justice) спорный законъ заносился въ регистры, и властью короля постановлялось рѣшеніе парламента объ его обнародованіи. На почвѣ предоставленнаго парламенту права испытанія правомѣрности законовъ (droit de vérification des lois) нерѣдко завязывалась борьба между Парижскимъ парламентомъ и королемъ. Исходъ столкновеній бывалъ различенъ въ зависимости отъ большаго или меньшаго политическаго значенія, которое выпадало на долю парламента. Въ видѣ общаго правила парламентское испытаніе правомѣрности законовъ являлось слабой и ненадежной гарантіей начала правомѣрности въ законодательствѣ.

Императрица Екатерина II въ своемъ Наказѣ 1767 г. проектировала перенесеніе въ Россію французской системы контроля надъ правомѣрностью законовъ. Она объявила Сенатъ «хранилищемъ законовъ» и признала за нимъ право представлять Государю о противорѣчіи законовъ Уложенію, которое должна была сочинить созванная для этого комиссія депутатовъ; подчиненнымъ правительственнымъ учрежденіямъ Наказъ предоставлялъ право представлять о томъ же Сенату и Государю. Но все это не вышло изъ области теоретическихъ построеній Наказа и не перешло въ дѣйствующее законодательство. Только при императорѣ Александрѣ I Сенатъ по Учрежденію 1802 г. получилъ право представленій о неправомѣрности законовъ. Послѣдовавшимъ вскорѣ легальнымъ толкованіемъ соотвѣтственной статьи Учрежденія право это было сведено на нѣтъ и затѣмъ исчезло.

Въ послѣднее время система обезпеченія правомѣрности законодательства путемъ соотвѣтственной провѣркй законовъ предъ ихъ обнародованіемъ принята была только у насъ въ Россіи. Право испытанія правомѣрности законовъ предоставлено было у насъ Правительствующему Сенату, на который возлагалось и обнародованіе законовъ. При этомъ Сенатъ долженъ былъ руководиться ст. 92-ой Основныхъ Законовъ, которая гласитъ: «законодательныя постановленія не подлежатъ обнародованію, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ положеніямъ сихъ Основныхъ Законовъ». Хотя здѣсь говорится только о наблюденіи за надлежащимъ порядкомъ изданія законовъ, но, само собою разумѣется, что такое наблюденіе простирается и на самое содержаніе обыкновенныхъ законовъ. Въ самомъ дѣлѣ, если обыкновенный законъ по содержанію противорѣчитъ какому либо основному закону, то, значитъ, онъ измѣняетъ послѣдній, а такъ какъ для измѣненія основныхъ законовъ установленъ особый порядокъ, то законъ, изданный не въ этомъ особомъ порядкѣ, не соотвѣтствуетъ положеніямъ Основныхъ Законовъ и не подлежитъ обнародованію. Приведенная статья Основныхъ Законовъ разумѣетъ подъ законодательными постановленіями какъ законы, такъ и чрезвычайные указы, потому что послѣдніе могутъ замѣнять законы. Нашъ Сенатъ не обладалъ ни достаточной силою, ни должною смѣлостью, для того чтобы отказывать въ обнародованіи законодательныхъ постановленій, противныхъ Основнымъ Законамъ. Онъ обнародовывалъ безпрекословно всѣ присылаемыя ему законодательныя постановленія, даже такія, которыя явно противорѣчили Основнымъ Законамъ и иногда представляли собою своего рода государственный переворотъ, какъ это было съ закономъ 3 іюня

1906 г. о выборахъ въ Государственную Думу, изданнымъ царемъ безъ участія законодательныхъ учрежденій.

Вторая система обезпеченія правомѣрности въ законодательствѣ выражается въ установленіи гарантій въ порядкѣ примѣненія законовъ и облекается въ форму судебной гарантіи. Судебная гарантія дѣйствуетъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, гдѣ высшій, или верховный федеральный судъ имѣетъ право и обязанность въ случаѣ противорѣчія обыкновеннаго закона федеральной конституціи признать его недѣйствительнымъ и отказать въ его примѣненіи. Аналогичныя полномочія предоставлены судамъ и въ нѣкоторыхъ другихъ американскихъ государствахъ (въ Аргентинѣ, Бразиліи), а изъ европейскихъ государствъ, — въ Норвегіи и въ Греціи, и въ самое послѣднее время въ Чехо-Словакіи и въ Австріи. Въ послѣднихъ двухъ государствахъ установлены особые «конституціонные судьи», на которые возложено наблюденіе за конституціонностью законовъ. Аналогичная функція возложена и на германскій Государственный Судъ (Staatsgerichtshof), которому подлежатъ споры о конституціи (Verfassungsstreitigkeiten). Въ прочихъ государствахъ судамъ не предоставлено право испытанія и провѣрки правомѣрности, точнѣе — конституціонности законовъ. Въ послѣднее время замѣчается среди государствовѣдовъ стремленіе къ признанію права суда провѣрять въ конкретныхъ случаяхъ примѣненія законовъ ихъ конституціонность общимъ правиломъ, которое вытекаетъ изъ самаго понятія закона, какъ юридической нормы, изданной въ предписанномъ конституціей порядкѣ, и потому не требуетъ спеціальнаго установленія въ основныхъ законахъ. Указанное право суда само собою разумѣется и всегда предполагается, если конституція не постановляетъ противнаго и expressim не лишаетъ суды этого права. Практика государственной жизни не оправдываетъ однако подобнаго теоретическаго построенія, и въ громадномъ большинствѣ государствъ суды не пользуются правомъ провѣрки конституціонности обнародованныхъ и подлежащихъ примѣненію законовъ, хотя конституціи этихъ государствъ и не содержатъ прямого запрета подобной судебной провѣрки. Въ нѣкоторыхъ конституціяхъ, напр. старой Прусской и новой Польской, провѣрка конституціонности законовъ судами прямо запрещается.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что, не считая отдѣльныхъ исключеній, современный намъ государственный строй въ видѣ общаго правила не выработалъ юридическихъ гарантій для обезпеченія правомѣрности въ законодательствѣ. Вмѣсто юридическихъ гарантій дѣйствуютъ въ данномъ случаѣ гарантіи политическія, которыя создаются, благодаря соучастію въ законодательствѣ различныхъ элементовъ, — правительства и народнаго представительства, двухъ видовъ этого представительства при двухпалатной системѣ, а также законодательныхъ палатъ и самыхъ избирателей при референдумѣ. Всѣ эти элементы взаимно сдерживаютъ другъ друга и такимъ образомъ предохраняютъ законодательство отъ нарушенія основныхъ законовъ. Конечно, въ случаѣ согласнаго дѣйствія всѣхъ этихъ элементовъ, направленнаго на нарушеніе основныхъ законовъ, указанныя гарантіи отпадаютъ. Остается одна лишь гарантія, — опасеніе революціоннаго переворота снизу. Сверхъ того, не слѣдуетъ забывать о внутренней

моральной сдержкѣ у лицъ, участвующихъ въ отправленіи функцій верховной власти (см. выше, стр. 403—404). Безъ внутренней моральной сдержки дѣятельность прямыхъ государственныхъ органовъ всегда можетъ выродиться въ нѣкоторый произволъ.

До сихъ поръ мы говорили о формальномъ выдѣленіи основныхъ законовъ и развивали ученіе объ обезпеченіи правомѣрности въ законодательствѣ примѣнительно къ принципу формальнаго различія между законами основными и обыкновенными. Теперь надлежитъ указать на государство, которому совершенно чуждо различіе между законами основными, или конституціонными, и обыкновенными. Такимъ государствомъ является Англія, и это не мѣшаетъ ей быть классической страной господства права и политической свободы.

Въ Англіи нѣтъ единаго конституціоннаго акта, въ которомъ изложены были бы ея основные законы. Въ основѣ англійскаго государственнаго устройства лежатъ отдѣльные законодательные акты, —Habeas corpus act 1679 г., билль о правахъ 1688 г., и др. Однако, столь прочный въ Англіи конституціонализмъ и парламентаризмъ опираются главнымъ образомъ не на законы, а на общее право (common law), — на публичноправовые прецеденты и публичноправовые обычаи. Измѣненіе конституціи совершается въ Англіи тѣмъ же путемъ, т. е. путемъ установленія новыхъ прецедентовъ, образованія новыхъ публичноправовыхъ обычаевъ и, наконецъ, въ порядкѣ обыкновеннаго законодательства. Правомѣрность законодательства находитъ себѣ въ Англіи вполнѣ прочное и незыблемое обезпеченіе въ политическихъ гарантіяхъ, надежность которыхъ покоится на исторически укоренившемся чувствѣ права, присущемъ какъ государственнымъ дѣятелямъ, такъ и народнымъ массамъ.

Въ виду того, что Англія не знаетъ единаго конституціоннаго акта, иногда говорятъ, даже сами англичане, что въ Англіи нѣтъ конституціи (сравни выше, стр. 346). Такое утвержденіе надо, само собою разумѣется, понимать исключительно въ формальномъ смыслѣ. Въ Англіи нѣтъ единаго конституціоннаго акта, и англичанинъ не можетъ, подобно бельгійцу, французу, американцу, представить печатный экземпляръ конституціи своей страны. Англійская конституція слагается изъ ряда прецедентовъ, обычаевъ и нѣсколькихъ законовъ. Формально неуловимая, она въ своемъ дѣйствіи оказывается прочнѣе и осязательнѣе писанныхъ и печатныхъ конституцій другихъ странъ. Такая особенность вызвана своеобразными историческими условіями политическаго развитія, которыя выдѣляютъ Англію среди другихъ странъ и дѣлаютъ ее во многомъ несоизмѣримой съ ними.

Сопоставляя Англію съ другими странами, легко понять теоретическую необходимость проведенія различія между конституціей въ матеріальномъ смыслѣ и конституціей въ формальномъ смыслѣ. Различіе это было подмѣчено и выдвинуто въ наукѣ еще въ первой половинѣ XIX столѣтія нѣмецкимъ государствовѣдомъ Фр. Юл. Шталемъ (Fr. Jul. Stahl). Конституціей въ формальномъ смыслѣ являются основные законы, изложенные въ одномъ или нѣсколькихъ конституціонныхъ актахъ и подлежащіе измѣненію въ особомъ порядкѣ. Подъ конституціей въ матеріальномъ смыслѣ разумѣются всѣ законы, какъ

формально конституціонные, такъ и обыкновенные, равно публичноправовые обычаи и прецеденты, однимъ словомъ — всѣ юридическія нормы, которыми устанавливаются и опредѣляются устройство верховной власти и субъективныя публичныя права гражданъ.

Про Англію можно сказать, что она обладаетъ конституціей исключительно въ матеріальномъ смыслѣ. Но про страны, въ которыхъ имѣются основные законы въ формальномъ смыслѣ, нельзя сказать, что ихъ государственное устройство опредѣляется исключительно конституціей въ формальномъ смыслѣ. Послѣдняя повсюду восполняется нѣкоторыми формально обыкновенными законами, имѣющими однако по существу конституціонное значеніе, и, что самое главное, восполняется публичноправовымъ обычаемъ. Такимъ образомъ въ противоположность Англіи, обладающей исключительно конституціей въ матеріальномъ смыслѣ, другія конституціонныя государства располагаютъ какъ конституціей въ формальномъ смыслѣ, такъ и конституціей въ матеріальномъ смыслѣ. Особеннаго вниманія заслуживаетъ та часть ихъ конституціи въ матеріальномъ смыслѣ, которая покоится на публичноправовомъ обычаѣ. Конституціонные обычаи не только восполняютъ основные законы, но и видоизмѣняютъ ихъ. Видоизмѣненія послѣдняго рода происходятъ независимо отъ особаго порядка измѣненія основныхъ законовъ, помимо него и, строго говоря, вопреки ему. Несмотря на это, они происходятъ въ большей или меньшей степени повсюду и становятся дѣйствующимъ правомъ. Отмѣченный фактъ привлекъ къ себѣ спеціальное вниманіе извѣстнаго нѣмецкаго государствовѣда Георга Іеллинека, который, опираясь на него, развилъ свое ученіе объ измѣненіи и перемѣнѣ конституціи (Verfassungsänderung und Verfassungswandlung). Подъ измѣненіемъ конституціи онъ разумѣетъ формальное измѣненіе ея въ особо установленномъ для основныхъ законовъ порядкѣ, подъ перемѣной конституціи — видоизмѣненіе ея путемъ обычнаго права. Два эти порядка несомнѣнно дѣйствуютъ во всѣхъ государствахъ. Взаимоотношеніе между ними устанавливается различное въ зависимости отъ своеобразія условій политической жизни той или другой страны. Правомѣрность въ дѣлѣ обычноправовыхъ измѣненій основныхъ законовъ обезпечивается тѣми же политическими гарантіями, которыя въ конечномъ итогѣ обезпечиваютъ общее дѣйствіе начала правомѣрности въ законодательствѣ (см. выше, стр. 411).

III. Въ судѣ начало правомѣрности проводилось раньше и всегда съ большею послѣдовательностью, чѣмъ въ другихъ отрасляхъ проявленія государственной власти. Объясняется это самою сущностью судебной дѣятельности, направленной на распознаваніе права въ отдѣльныхъ случаяхъ спора о правѣ или его нарушенія.

Съ водвореніемъ верховенства закона надъ другими источниками и видами положительнаго права устанавливается подзаконность суда. Проведеніе принципа подзаконности суда въ жизнь достигается путемъ законодательной регламентаціи судебной практики, о которой мы говорили уже выше (см. § 43, IV). Допущеніе закономъ свободнаго судейскаго правотворенія при несомнѣнномъ пробѣлѣ въ законодатель-

ствѣ не отмѣняетъ общаго принципа подзаконности суда. Дѣйствіе этого принципа проявляется здѣсь въ томъ, что случай дозволеннаго свободнаго правотворенія указанъ закономъ. Сверхъ того, законъ предписываетъ судьѣ въ такомъ случаѣ судить по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя (см. выше, стр. 387—388). Слѣдовательно, свободному правотворенію судьи полагаются закономъ тѣ же правовые предѣлы, которые положены и законодательству.

Подзаконное отправленіе суда обезпечивается цѣлымъ рядомъ гарантій, устанавливаемыхъ какъ въ судоустройствѣ, такъ и въ судопроизводствѣ, или процессѣ.

Основными гарантіями въ области судоустройства являются: отдѣленіе суда отъ законодательства и управленія (см. выше, стр. 321—323) и созданіе для судей положенія независимаго и самостоятельнаго, чтобы судья былъ обезпеченъ отъ давленія какъ со стороны правительства, такъ и со стороны общества, и имѣлъ реальную возможность служить исключительно объективному распознаванію права.

Въ судопроизводствѣ, или процессѣ, наиболѣе существенное значеніе имѣютъ слѣдующія гарантіи: участіе сторонъ въ судоговореніи и ихъ состязаніе (состязательное начало процесса); гласность и публичность отправленія суда и судебныхъ приговоровъ; право сторонъ на обжалованіе судебныхъ приговоровъ въ порядкѣ инстанцій какъ по существу рѣшенія дѣла (аппелляція), такъ и со стороны нарушенія установленныхъ закономъ формъ судопроизводства и неправильнаго примѣненія закона (кассаціонная жалоба, или искъ объ отмѣнѣ, кассаціи незаконномѣрнаго судебнаго рѣшенія).

Въ видахъ обезпеченія законности судебныхъ рѣшеній законъ надѣляетъ особенной силой обязательности толкованіе закона, исходящее отъ высшей кассаціонной инстанціи, каковою у насъ являлись Гражданскій и Уголовный Кассаціонные Департаменты Правительствующаго Сената. Толкованіе высшей кассаціонной инстанціи безусловно обязательно по дѣлу, по которому оно состоялось, и для суда, которому дѣло передано для вторичнаго разсмотрѣнія и новаго рѣшенія. Такъ опредѣляетъ силу кассаціонныхъ рѣшеній законъ, но судебная практика придаетъ имъ большее значеніе. Авторитетъ высшихъ кассаціонныхъ судовъ столь великъ, что рѣшеніями ихъ, какъ прецедентомъ, руководятся всѣ суды по другимъ аналогичнымъ дѣламъ. Такая практика содѣйствуетъ установленію однообразія въ толкованіи закона, что несомнѣнно укрѣпляетъ законность въ отправленіи суда.

IV. Проникновеніе начала правомѣрности въ область управленія, сравнительно съ водвореніемъ того же начала въ отправленіи суда, представляетъ собою явленіе гораздо болѣе позднее и несравненно болѣе сложное. Объясняется это какъ субъективными, такъ и объективными условіями государственнаго управленія.

Въ области управленія государство выступаетъ въ лицѣ своихъ органовъ не въ роли посредника, каковымъ оно является въ судѣ, особенно гражданскомъ, а въ качествѣ активнаго дѣятеля. Непосредственно и исключительно активная дѣятельность власть имущихъ поддается юриди-

ческой регламентаціи и нормировкѣ въ высшей степени туго. Такого рода дѣятельность весьма легко проникается правиломъ: «цѣль оправдываетъ средства», причемъ безразлично, будетъ ли этою цѣлью наполненіе государственной казны (фискальная цѣль) или насажденіе культуры въ обществѣ и установленіе народнаго благоденствія. Особенное значеніе получаютъ для этой дѣятельности соображенія государственнаго интереса (ratio status, raison d'état). Подъ послѣднимъ понимаютъ не только обезпеченіе государственной безопасности и государственнаго могущества, каковая цѣль должна быть признана несомнѣнной и безспорной, но и сохраненіе наружнаго авторитета, т. н. престижа власти, пониманіе котораго оказывается крайне растяжимымъ. Охрана престижа государственной власти на практикѣ вырождается нерѣдко въ отстаиваніе авторитета конкретныхъ лицъ и покрываетъ ихъ беззаконіе и произволъ въ качествѣ органовъ государственной власти. Нужны вѣка правовой культуры для того, чтобы активная дѣятельность государственныхъ органовъ въ области управленія подверглась дисциплинировкѣ и превратилась въ строго подзаконную. Напомнимъ, что законность управленія направлена на обезпеченіе интересовъ верховной власти отъ своевольнаго и своекорыстнаго извращенія ихъ подчиненными государственными органами. И подзаконное управленіе обращается съ населеніемъ, какъ съ пассивнымъ объектомъ. Требуется долгое развитіе общественнаго самосознанія для того, чтобы государствомъ была признана абсолютность и цѣнность личности въ сферѣ ея индивидуальнаго и общественнаго самоопредѣленія. Только съ признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ возникаютъ конкретные правовые предѣлы для дѣятельности органовъ государственнаго управленія. Но и тогда, когда принципъ законности и правомѣрности управленія провозглашенъ оффиціально, проведеніе его въ жизнь оказывается весьма сложнымъ. Дѣло въ томъ, что управленіе по существу своему движется началомъ цѣлесообразности. Совмѣщеніе начала цѣлесообразности съ началомъ правомѣрности представляетъ собою задачу трудную, которая требуетъ разносторонне обдуманнаго и искуснаго рѣшенія.

Государственное управленіе слагается изъ отдѣльныхъ актовъ управленія, непосредственно совершаемыхъ государственными органами. Эти акты по соціальному ихъ значенію являются государственнымъ вмѣшательствомъ въ личную и общественную жизнь гражданъ въ видѣ разнаго рода требованій, разрѣшеній, запрещеній, надзора, наконецъ, прямого участія государственныхъ органовъ въ культурной работѣ.

Съ точки зрѣнія права актъ управленія, или административный актъ (acte administratif, Verwaltungsakt) государственнаго органа представляетъ собою юридическое дѣйствіе, которое по признаку совершенія его государственнымъ органомъ называется распоряженіемъ (см. выше, стр. 133). Подобно юридическимъ дѣйствіямъ частныхъ лицъ, т. е. юридическимъ сдѣлкамъ, распоряженія различаются односторонніе и двусторонніе. Одностороннимъ является такое распоряженіе, которое исчерпывается волеизъявленіемъ государственнаго органа, двустороннимъ — распоряженіе, получаемое въ результатѣ взаимодѣйствія волеизъявленій частнаго лица и органа государственной власти.

Типичной формой двусторонней сдѣлки является договоръ. Въ прошломъ договоръ государственныхъ органовъ съ населеніемъ составлялъ довольно распространенный видъ административной дѣятельности. Путемъ такого договора совершалось, напримѣръ, въ Московскомъ государствѣ обложеніе населенія государственными налогами. Въ настоящее время такого рода договоръ исчезъ изъ административнаго обихода, и двусторонній административный актъ слагается изъ обращенія частнаго лица къ государственному органу за разрѣшеніемъ или содѣйствіемъ и изъ соотвѣтственнаго рѣшенія органа власти.

Матеріальное содержаніе управленія опредѣляется въ законѣ. Отсюда дѣлается выводъ, что административный актъ сводится къ исполненію закона. На этомъ основаніи въ XVIII вѣкѣ установилось названіе государственнаго управленія исполнительною властью (см. выше, стр. 321—322) и органовъ управленія исполнительными органами. Такая квалификація административнаго акта не можетъ быть признана правильной.

Управленіе имѣетъ дѣло съ крайне сложными явленіями жизни и направляетъ ихъ съ точки зрѣнія цѣлесообразности. Поэтому въ дѣлѣ управленія государственному органу должна быть неминуемо предоставляема значительная свобода выбора образа дѣйствія, наиболѣе цѣлесообразнаго примѣнительно къ каждому данному конкретному случаю. Вслѣдствіе этого административные законы представляютъ собою нормы преимущественно не абсолютно опредѣленныя, а относительно опредѣленныя, и даже по временамъ неопредѣленныя, какъ въ своей гипотезѣ, такъ и въ диспозиціи, и надѣляютъ государственные органы болѣе или менѣе широкой дискреціонной властью (сравни выше, стр. 115—116). Въ предѣлахъ предоставленной закономъ дискреціонной власти, или по русски, власти усмотрѣнія, административный органъ движется свободно и свободно избираетъ наиболѣе цѣлесообразный образъ дѣйствія. Само собою разумѣется, что свобода административной дѣятельности не должна вырождаться въ чистый произволъ (mera voluntas), но должна сообразоваться съ тѣми цѣлями, которыя поставлены управленію законодателемъ (сравни выше, стр. 226).

Такимъ образомъ мы видимъ, что административный актъ не есть простое исполненіе законовъ, а актъ свободной цѣлесообразной дѣятельности въ предѣлахъ закона и примѣнительно къ установленной закономъ цѣли управленія. Новое пониманіе природы административной дѣятельности проявилось и въ измѣненіи терминологіи. Съ половины XIX столѣтія говорятъ не объ исполнительной власти, а объ управленіи, или администраціи, не объ исполнительныхъ органахъ, а объ органахъ административныхъ, и не объ исполнительномъ актѣ, а объ актѣ административномъ.

Управленіе признается подзаконнымъ. Подзаконность административнаго акта понимается однако не какъ простое исполненіе закона, т. е. не какъ примѣненіе закона къ частному случаю, совершаемое судьей, но представляетъ собою нѣчто болѣе сложное. Подзаконность административнаго акта обозначаетъ соблюденіе административнымъ ор-

ганомъ положенныхъ въ законѣ для его свободной дѣятельности предѣловъ и сообразованіе этой дѣятельности съ установленной въ законѣ цѣлью управленія.

Кромѣ актовъ управленія административные органы совершаютъ и акты правотворенія, издавая указы (см. § 43, II). Указная дѣятельность административныхъ органовъ признается строго подзаконной. Подзаконность указовъ обозначаетъ, какъ мы уже знаемъ, требованіе непротиворѣчія указовъ законамъ.

Какъ акты управленія, такъ и акты правотворенія административныхъ органовъ, т. е. какъ распоряженія, такъ и указы подлежатъ дѣйствію не только начала законности управленія въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но и начала правомѣрности. Подъ послѣднимъ мы понимаемъ требованіе, согласно которому и указы, и распоряженія административныхъ органовъ не должны нарушать установленныхъ въ законѣ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, которыя вообще являются правовымъ предѣломъ для проявленій государственной власти.

Что касается гарантій, обезпечивающихъ правомѣрность въ управленіи, то ихъ можно раздѣлить на административныя, политическія и судебныя, точнѣе — административно-судебныя.

Къ административнымъ гарантіямъ относятся: надзоръ высшихъ административныхъ органовъ надъ низшими, право представленій низшихъ административныхъ органовъ высшимъ и жалоба частныхъ лицъ на дѣйствія административныхъ органовъ по инстанціямъ (по начальству).

Въ порядкѣ надзора высшіе административные органы провѣряютъ указы и распоряженія низшихъ административныхъ органовъ и въ случаѣ обнаруженія незаконномѣрности отмѣняютъ ихъ. Отмѣна указовъ и распоряженій органовъ самоуправленія въ порядкѣ правительственнаго надзора за ними со стороны высшихъ правительственныхъ административныхъ органовъ обставлена бо̀льшей сложностью сравнительно съ отмѣною дѣйствій органовъ правительственнаго управленія. Осложненіе процедуры вызывается необходимостью сочетать обезпеченіе законномѣрности самоуправленія съ обезпеченіемъ послѣдняго отъ незаконномѣрнаго воздѣйствія со стороны правительственныхъ органовъ управленія.

Низшіе административные органы надѣляются правомъ представлять высшимъ о незаконномѣрности указовъ и распоряженій послѣднихъ, когда эти указы и распоряженія передаются низшимъ органамъ для исполненія. Исходъ этихъ представленій опредѣляется въ законѣ весьма сложными правилами, въ которыхъ принимается въ соображеніе, съ одной стороны, начало законности управленія, съ другой стороны, начало іерархическаго подчиненія въ строѣ администраціи. Въ виду строгости начала іерархическаго подчиненія практическое значеніе представленій низшихъ административныхъ органовъ о незаконномѣрности направленныхъ къ нимъ предписаній высшихъ оказывается весьма незначительнымъ, чуть ли не ничтожнымъ.

Частное лицо, къ которому обращено незаконномѣрное распоряженіе административнаго органа, имѣетъ возможность жаловаться на него въ порядкѣ іерархическихъ административныхъ инстанцій, или, какъ принято

говорить въ нашемъ административномъ обиходѣ, по начальству. Цѣль административной жалобы состоитъ въ томъ, чтобы добиться отмѣны незаконномѣрнаго распоряженія. Отмѣна эта совершается распоряженіемъ высшаго административнаго органа, направленнымъ къ низшему, дѣйствіе котораго обжаловано. Административная жалоба отличается отъ судебнаго иска весьма существенно, такъ какъ она не вчиняетъ самостоятельнаго спора о правѣ двухъ сторонъ юридическаго отношенія (см. выше, стр. 398—399). Административная жалоба есть лишь доведеніе до свѣдѣнія высшей инстанціи о несоблюденіи закона инстанціей низшей. Административная жалоба — не болѣе, какъ средство возбужденія административнаго надзора. Можно сказать, что надзоръ высшихъ административныхъ органовъ за законномѣрностью дѣйствій низшихъ осуществляется двоякимъ образомъ: по собственной инціативѣ высшихъ административныхъ органовъ, каковая инціатива составляетъ ихъ право и обязанность, и въ силу принесенія жалобы частными лицами, разсмотрѣніе которой составляетъ обязанность административнаго органа, но обязанность по отношенію къ государству, а не къ частному лицу. Въ силу послѣдняго обстоятельства отказъ въ принятіи жалобы не равенъ отказу въ правосудіи и не даетъ пострадавшему права иска, а можетъ лишь служить предметомъ новой административной жалобы.

Политическую гарантію законности управленія составляетъ право народнаго представительства и вообще законодательныхъ палатъ слѣдить за законномѣрностью дѣйствій администраціи. Осуществляется это право путемъ запросовъ, которые дѣлаются законодательными органами правительству по поводу незаконномѣрныхъ дѣйствій тѣхъ или другихъ подчиненныхъ органовъ, отъ низшихъ до высшихъ, каковыми являются министры. На запросы законодательныхъ палатъ министры обязаны имъ отвѣчать. По поводу этихъ отвѣтовъ палаты имѣютъ сужденіе и дѣлаютъ соотвѣтственное постановленіе, въ которомъ признаютъ отвѣтъ удовлетворительнымъ или неудовлетворительнымъ. Исходъ дѣла въ послѣднемъ случаѣ опредѣляется различно въ зависимости отъ особенностей государственнаго строя и установленнаго въ немъ взаимоотношенія между правительствомъ и народнымъ представительствомъ. Чѣмъ больше вліянія принадлежитъ послѣднему (особенно сильно это вліяніе при системѣ парламентаризма, см. выше, стр. 349—350), тѣмъ политическая гарантія законности управленія оказывается болѣе дѣйствительной. Извѣстное значеніе имѣетъ уже самая возможность парламентскаго запроса: она дисциплинируетъ администрацію и побуждаетъ высшіе ея органы къ бдительному и болѣе дѣятельному осуществленію надзора.

Судебная гарантія правомѣрности управленія выражается въ томъ, что, въ случаѣ нарушенія незаконномѣрнымъ распоряженіемъ административнаго органа субъективныхъ публичныхъ правъ частнаго лица, послѣднему предоставляется право судебнаго иска для защиты нарушеннаго права. Искъ этотъ въ отличіе отъ гражданскаго и уголовнаго исковъ можетъ быть названъ искомъ публичнаго права, какъ предлагалъ Коркуновъ, но обычно называется административнымъ искомъ. Въ общепринятомъ названіи отмѣчается то, что искъ

для защиты субъективныхъ публичныхъ правъ направляется противъ административнаго органа по поводу совершеннаго имъ административнаго акта. Содержаніемъ административнаго иска является требованіе объ отмѣнѣ неправомѣрнаго распоряженія административнаго органа. Право административнаго иска предоставляется какъ физическимъ лицамъ, такъ и юридическимъ; среди послѣднихъ необходимо отмѣтить въ данномъ случаѣ разнаго рода общественные союзы и единицы общественнаго самоуправленія.

Судъ по дѣламъ о нарушеніи субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ незаконномѣрными распоряженіями административныхъ органовъ возлагается либо на общія судебныя установленія, либо на спеціальные суды, учрежденные для разсмотрѣнія административныхъ исковъ. Первая система дѣйствуетъ въ Англіи, вторая въ континентальныхъ европейскихъ государствахъ. При второй системѣ спеціальные административные суды относятся къ вѣдомству управленія, имѣютъ большею частью смѣшанный составъ изъ лицъ административной службы и судейскаго званія, а также смѣшанное производство, — частью судебнаго, частью административнаго характера. Суды эти извѣстны подъ названіемъ органовъ административной юстиціи. Обособленіе органовъ административной юстиціи отъ общихъ судовъ вызвано историческимъ стремленіемъ администраціи къ самостоятельности и опасеніемъ, какъ бы послѣдняя не пострадала отъ направленія административныхъ исковъ въ порядкѣ общей подсудности. Но это обособленіе въ свою очередь чревато другой опасностью, которую надлежитъ отмѣтить. Такъ какъ административная юстиція находится въ вѣдѣніи административной власти, то она не въ состояніи противопоставить себя послѣдней въ качествѣ самостоятельной, внѣшней силы, которая призвана удерживать администрацію въ рамкахъ законности и правового порядка.

§ 46. ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ КОНСТРУКЦІЯ ВЗАИМООТНОШЕНІЯ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВОМЪ И ПРАВОМЪ

G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1. Aufl. 1895, 2. Aufl. 1904, русск. переводъ подъ ред. А. Э. Вормса, 3-ье изд., 1907 г.; Boucaud, Les droits de l'État et les garanties civiques du droit naturel, 1900; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, 1909 г., глава II, разд. I; Léon Duguit, Traité du droit constitutionnel, 1911, tome II, § 93; Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht, I. Band, 1. Aufl. 1878, 4. Aufl. 1904; Р. Іерингъ, Цѣль въ правѣ, русск. перев. 1-го нѣм. изд., томъ I, 1881 г.; Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 47; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XI. Kapitel; Г. Іеллинекъ, Общее ученіе о государствѣ, 2-ое русск. изд. 1908 г., глава XI; H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, Beitrag zur Staatslehre, 1906; Léon Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901; H. Ortloff, Recht und Staat. Ein Organismus. Zur Einführung in das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft, 1903; A. Grabowsky, Recht und Staat, Ein Versuch zur allgemeinen Rechts- und Staatslehre, 1908; M. Gavrilovitch, L'État et le Droit, 1911; Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 405 flg.; Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 83 flg.; П. И. Новгородцевъ, Государство и право, Вопросы философіи и психологіи, кн. 74 и слѣд., 1904 г.; Н. И. Паліенко,

Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г.; А. С. Алексѣевъ, Начало верховенства права въ современномъ государствѣ, Вопросы Права, 1910 г., кн. II; В. В. Ивановскій, О государствѣ, власти и правѣ съ соціолого-психологической точки врѣнія, Журн. Мин. Юст., 1916 г., №№ 3 и 4; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очеркъ XII; С. М. Роговинъ, Суверенитетъ государства и суверенитетъ права. Къ теоріи познанія права, Юрид. Вѣстникъ, кн. XV, 1906 г.: Leonard Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts insbesondere über die Lehre von der Souveränität, 1917; Léon Duguit, The Law and the State, Harward Law Review, vol. XXXI, 1917; Léon Duguit, Jean Jacques Rousseau, Kant et Hegel, Revue du droit public, 1918 (avril—septembre); H. Krabbe, Der neue Staatsgedanke, 1919.

Высшей стадіей и степенью проникновенія государственной организаціи правомъ является, какъ мы видѣли, установленіе строгихъ правовыхъ формъ и прочныхъ правовыхъ предѣловъ для проявленій государственной власти. Наличность обязательныхъ для государственной власти правовыхъ формъ и предѣловъ ея проявленія приводитъ къ ограниченію государства правомъ. Такъ какъ отличительнымъ признакомъ государства является суверенитетъ (см. § 34) и послѣдній толкуется въ смыслѣ абсолютной свободы государственной власти отъ какихъ бы то ни было внѣшнихъ ея ограниченій, то предъ государствовѣдами и юристами встаетъ вопросъ о томъ, какъ объяснить ограниченіе государства правомъ. Вопросъ этотъ рѣшался и рѣшается различно въ зависимости отъ различія теоретико-познавательныхъ (гносеологическихъ) основъ и методологическихъ пріемовъ изученія права и государства. Существенно разные отвѣты даны были на занимающій насъ вопросъ въ эпоху господства раціонализма и послѣ водворенія позитивизма въ области правовѣдѣнія и государствовѣдѣнія. Паденіе односторонняго позитивизма и новѣйшее движеніе въ сторону критическаго идеализма точно также отразились на рѣшеніи приведеннаго вопроса.

Школа естественнаго права выводила государство изъ общественнаго договора, основаннаго на общемъ соглашеніи свободно самоопредѣляющихся индивидовъ (см. выше, стр. 285). Общественный договоръ конструировался различно въ двухъ главныхъ направленіяхъ школы естественнаго права, — консервативномъ и прогрессивномъ (см. выше, 170). Въ консервативномъ истолкованіи общественный договоръ содержалъ въ себѣ полное отреченіе индивида отъ принадлежавшаго ему въ естественномъ состояніи права на все (ius in omnia у Гоббса) и устанавливалъ государственный суверенитетъ въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти, т. е. принципіальнаго неограниченія ея какими бы то ни было субъективными правами подданныхъ (см. выше, стр. 312). Прогрессивное направленіе школы естественнаго права, напротивъ того, учило, что у индивида имѣются прирожденныя ему права личной свободы, отъ которыхъ онъ не можетъ отречься, и которыя, слѣдовательно, должны быть признаны неотчуждаемыми и по общественному договору (см. выше, стр. 314—315). Эти то прирожденныя и неотчуждаемыя права индивида образуютъ правовой предѣлъ для проявленій государственной власти. Такимъ образомъ оказывается, что, поскольку школа естественнаго права признавала ограни-

ченіе государства правомъ, она выводила это ограниченіе изъ нерушимости естественнаго закона и неотчуждаемости основанныхъ на немъ субъективныхъ публичныхъ правъ индивида. Праву присущъ раціональный, а по мнѣнію иныхъ, и историческій пріоритетъ (первенство) предъ государствомъ, и потому государство по самой природѣ своей ограничивается правомъ. Эта точка зрѣнія нашла себѣ выраженіе въ положительномъ законодательствѣ великой французской революціи. Декларація правъ человѣка и гражданина исходитъ изъ утвержденія естественныхъ правъ личности, предшествующихъ государству и потому неизбѣжно имъ признаваемыхъ[1].

Съ водвореніемъ позитивизма въ правовѣдѣніи и государствовѣдѣніи отпало представленіе объ объективной реальности естественнаго права, и для объясненія ограниченія государства правомъ потребовалось новое ученіе. Пріоритетъ права предъ государствомъ былъ рѣшительно отвергнутъ, какъ идея метафизическая. Съ эмпирической точки зрѣнія право было признано продуктомъ соціальной среды, причемъ послѣдняя въ духѣ юридико-догматическаго позитивизма (см. выше, стр. 37—38) отождествлялась съ государствомъ. Казалось несомнѣннымъ, что право творится исключительно государственной властью. Государственная власть устанавливаетъ право для подданныхъ и въ качествѣ творца юридическихъ нормъ сама по существу не связана ими. Для того, однако, чтобы внушить подданнымъ безпрекословное повиновеніе праву не за страхъ, а за совѣсть, и чтобы сообщить юридическимъ нормамъ устойчивость, государственная власть изъ разумнаго расчета сама подчиняется дѣйствію ею же устанавливаемаго права. Благодаря этому, право пріобрѣтаетъ обязательность двустороннюю, — и для подвластныхъ, и для самой власти. Указанная двусторонняя обязательность юридическихъ нормъ вытекаетъ не изъ пріоритета права предъ государствомъ и вообще не изъ метафизической сущности права, а изъ эмпирическаго самоограниченія государства, руководимаго разумнымъ расчетомъ. Приведенное ученіе было развито Іерингомъ, извѣстнымъ намъ реформаторомъ правовѣдѣнія въ духѣ позитивизма. Іерингъ резюмировалъ свое ученіе въ краткомъ и весьма выразительномъ афоризмѣ: «право есть политика власти» (das Recht ist die Politik der Gewalt).

Теорія самоограниченія государства правомъ была воспринята спеціалистами государствовѣдами и особенно отстаивалась Георгомъ Іеллинекомъ въ видѣ ученія о самообязываніи государствомъ правомъ. Іеллинекъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Въ области морали автономная человѣческая личность можетъ обязываться только тѣми нормами, которыя разумъ и совѣсть человѣка признаютъ сами по себѣ независимо отъ какого бы то ни было вліянія авторитета. Точно также и въ области права государственная личность, являющаяся суверенной и, слѣдовательно, вполнѣ автономной, обязывается только тѣми нормани, ко-

[1] „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits . . . Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme", — Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 1 et 2.

торыя она сама признаетъ, и обязывается только актомъ своего самоопредѣленія, а отнюдь не вслѣдствіе подчиненія какому либо внѣшнему авторитету. Какъ видимъ, ученіе Іеллинека представляетъ собою своего рода идеалистическую надстройку надъ эмпирическимъ построеніемъ Іеринга.

Успѣхъ приведеніой теоріи объясняется тѣмъ, что она дѣйствительно представляетъ собою единственно возможный синтетическій выходъ изъ столкновенія такихъ двухъ противоположностей (антитезисовъ), какъ признаніе государственнаго суверенитета въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти, съ одной стороны, и установленіе правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ проявленія государственной власти, съ другой стороны.

Теорія самоограниченія и самообязыванія государства правомъ все же оставляетъ дѣйствіе права въ зависимости отъ односторонняго самоопредѣленія государственной власти и не въ состояніи объяснить самостоятельнаго дѣйствія начала правомѣрности въ дѣлѣ организаціи и функціонированія современнаго государства. Указанными недочетами теоріи самоограниченія и самообязыванія объясняется недовольство ею среди новѣйшихъ юристовъ и государствовѣдовъ и стремленіе ихъ къ построенію новой конструкціи взаимоотношенія между государствомъ и правомъ.

Препятствіемъ на пути къ теоретическому обоснованію самостоятельнаго дѣйствія начала правомѣрности въ организаціи и функціонированіи современнаго государства является государственный суверенитетъ, толкуемый въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти. Поэтому новыя конструкціи направляются въ первую голову на то, чтобы преодолѣть указанное препятствіе. Преодолѣваютъ его онѣ двоякимъ образомъ: либо понижая значеніе государственнаго суверенитета, либо совершенно отрицая самое понятіе государственнаго суверенитета. Первый способъ приводитъ къ ученію о суверенитетѣ права, второй способъ примѣняется при обоснованіи дѣйствія права на началахъ общественной солидарности.

Теорію суверенитета права (Rechtssouveränität) развиваетъ въ нѣмецкой литературѣ голландскій юристъ Краббе. Онъ отказывается видѣть въ государственномъ суверенитетѣ полный абсолютизмъ власти въ смыслѣ принципіальной несвязанности ея правомъ. Напротивъ того, онъ полагаетъ, что всякая власть, притязающая на дѣйственность (Geltung) въ обществѣ, является неизбѣжно правовой властью (Rechtsgewalt), т. е. почерпаетъ силу своего дѣйствія изъ права. Отъ этого общаго правила не изъята и власть государственная, что отражается и на природѣ государства. Государство не представляетъ собою непроизводной и самостоятельной организаціи, которая могла бы опредѣлять свое отношеніе къ праву автономно путемъ самоограниченія. Самая организація государства покоится на правѣ, и отсюда вытекаетъ объективное подчиненіе государственныхъ функцій началу правомѣрности. Подобно всякому другому физическому или юридическому лицу, и государство, говоритъ Краббе, обладаетъ правами, полномочіями и авторитетомъ лишь постольку, поскольку эти права, полномочія и авторитетъ исходятъ отъ положительнаго правопорядка. Такимъ образомъ абсолютизмъ власти устраняется въ принципѣ, и надъ суверенитетомъ государства надстраивается суверенитетъ права.

Выведеніе обязательной правомѣрности въ проявленіяхъ государственнаго властвованія изъ теоріи солидарности находимъ у упоминавшагося уже нами французскаго государствовѣда Дюги. Какъ мы уже знаемъ, Дюги отрицаетъ понятіе суверенитета и совершенно изгоняетъ его изъ научнаго обихода вмѣстѣ съ понятіемъ юридической личности государства (см. выше, стр. 295—296). Отвергая самое понятіе государства, какъ устарѣвшую и ни къ чему непригодную фикцію, Дюги говоритъ не о государствѣ, а о правящихъ индивидахъ (les gouvernants) и управляемыхъ (les gouvernés). Правящіе отличаются отъ управляемыхъ только наличностью превосходства силы, но не назначеніемъ и способомъ употребленія силы. Силы правящихъ, какъ и силы управляемыхъ, и создаются общественной средой, и предназначаются для ея охраненія и развитія. Поэтому употребленіе силъ какъ правящихъ, такъ и управляемыхъ совершается не иначе, какъ съ общественной цѣлью (dans un but social). Общественная цѣль состоитъ ни въ чемъ иномъ, какъ въ укрѣпленіи общественной среды, т. е. въ укрѣпленіи солидарности между индивидами, на каковой зиждется общежитіе. Поведеніе, соразмѣрное съ общественной цѣлью, или съ началомъ общественной солидарности, опредѣляется нормою права (la règle de droit). Слѣдовательно, нормою права опредѣляется всякое употребленіе человѣческой силы, какъ силы управляемыхъ, такъ и силы правящихъ. И управляемые, и правящіе подчиняются праву на одномъ и томъ же основаніи и совершенно одинаково. Дѣйствія правящихъ внѣ предѣловъ юридической нормы являются не актомъ государственнымъ (acte étatique), но простымъ фактомъ, бо́льшею частью актомъ тираническаго насилія, по отношенію къ каковому управляемые отнюдь не обязаны повиновеніемъ. Управляемые имѣютъ возможность и обязанность отказывать въ повиновеніи неправомѣрнымъ актамъ правящихъ и даже низвергать тираническихъ правителей силою. Указанная возможность является крайней гарантіей, обезпечивающей правомѣрность властвованія.

Ни одна изъ приведенныхъ теорій не представляется намъ безусловно убѣдительной и исчерпывающей вопросъ въ полной мѣрѣ.

Само собою разумѣется, что мы не можемъ принять раціоналистической конструкціи взаимоотношенія между государствомъ и правомъ, исходившей изъ логическаго пріоритета права и обязательнаго дѣйствія естественноправовыхъ нормъ, такъ какъ для насъ естественное право представляетъ собою не дѣйствующую норму права, а критерій для оцѣнки положительнаго права, восполненія его пробѣловъ и дальнѣйшаго правотворенія. Съ точки зрѣнія этого критерія заслуживаетъ безусловнаго одобренія и ограниченіе государства правомъ.

Но не слѣдуетъ забывать, что одобрительная оцѣнка явленія отнюдь не есть его объясненіе.

Ученіе Іеринга о самоограниченіи государства правомъ страдаетъ большой односторонностью. Односторонность проявляется прежде всего въ томъ, что Іерингъ исходитъ въ своемъ ученіи изъ представленія о правѣ, какъ о продуктѣ государства, и о юридической нормѣ, какъ о результатѣ исключительно государственнаго

правотворенія. Это представленіе, какъ мы уже знаемъ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Право создается не только государственною властью, но и помимо нея, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ обычное право, возникающее, развивающееся и дѣйствующее даже внѣ государственнаго признанія. Да и вообще законодательное право, это прямое твореніе государственной власти, совпадаетъ съ цѣлокупнымъ положительнымъ правомъ, на которомъ покоится общественная жизнь, только приблизительно. Не менѣе одностороннимъ является то, что Іерингъ разсматриваетъ процессъ проникновенія государственной организаціи правомъ исключительно какъ слѣдствіе дѣятельности, или политики власти и совершенно умалчиваетъ о томъ взаимодѣйствіи между властью и обществомъ, которое въ конечномъ итогѣ является главной причиной введенія фактическаго властвованія въ извѣстные правовые предѣлы. Указанныхъ недостатковъ не избѣгла и развитая Іеллинекомъ теорія самообязыванія государства правомъ.

Совершенно неправильно истолкованіе государственнаго суверенитета въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти, т. е. принципіальной несвязанности ея правомъ. Суверенитетъ обозначаетъ непроизводность, независимость и верховенство государственной власти по отношенію ко всякимъ другимъ организованнымъ властямъ въ общежитіи и устанавливаемымъ ими юридическимъ нормамъ, а отнюдь не принципіальную несвязанность государства правомъ. Такъ понималъ дѣло творецъ теоріи суверенитета Боденъ, такъ обстоитъ оно и исторически. Боденъ прямо признаетъ обязательность для суверенаго государства и закона Божья, и естественнаго права, и того обычноправового уклада государственной жизни, который былъ извѣстенъ во Франціи подъ именемъ законовъ королевства, или основныхъ законовъ. И исторически ни одно государство не усматривало противорѣчія своему суверенитету въ признаніи обязательныхъ для государственной власти правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ ея проявленія. Только въ теоріяхъ, оторванныхъ отъ эмпирическаго изученія, историческая категорія государственнаго суверенитета подверглась односторонней раціонализаціи и превратилась въ какой то принципіальный антитезисъ права.

Возвращая понятіе государственнаго суверенитета къ его реальному историческому значенію, мы считаемъ совершенно ненужнымъ и потому излишнимъ надстраивать надъ нимъ еще особый суверенитетъ права. Суверенитетъ обозначаетъ опредѣленное специфическое свойство государства, каковое свойство не можетъ быть перенесено на право. Суверенитетъ права это только метафора, а не настоящая юридическая конструкція взаимоотношенія между правомъ и государствомъ. Кромѣ того, ученіе Краббе не даетъ удовлетворительнаго объясненія весьма важныхъ сторонъ того вопроса, которому оно посвящено. Такъ, дѣйствіе суверенитета права въ области государственнаго правотворенія выражается, по ученію Краббе, въ томъ, что возникающая чрезъ правотвореніе связанность государства правомъ можетъ быть устранена только тѣмъ же путемъ. Дается такимъ образомъ объясненіе только обязательности соблюденія установленнаго порядка изданія законовъ, а вопросъ о правовыхъ предѣлахъ для законодательства примѣнительно къ самому содержанію законовъ остается от-

крытымъ. А между тѣмъ, современное государство связано правомъ не только относительно того, какимъ путемъ оно творитъ право, но и относительно того, какое право имъ творится.

Мы считаемъ совершенно неправильнымъ и потому непріемлемымъ проповѣдуемое Дюги отрицаніе суверенитета, юридической личности и самаго понятія государства (см. § 34). Тѣмъ не менѣе не можемъ не признать, что, переводя вопросъ о взаимоотношеніи между государствомъ и правомъ на общую для нихъ соціальную почву, Дюги становится на единственно правильный путь разрѣшенія проблемы.

Такъ какъ право есть норма соціальнаго поведенія, а государственная организація является однимъ изъ элементовъ общежитія, то право eo ipso оказывается нормою соціальнаго поведенія государственныхъ органовъ и подчиненіе государственной власти праву не вызываетъ рѣшительно никакихъ затрудненій съ логической точки зрѣнія. Затрудненія въ данномъ случаѣ создались искусственно вслѣдствіе исторически неправильнаго истолкованія государственнаго суверенитета и неправильнаго же ограниченія права правомъ оффиціальнымъ (см. § 44).

Государственная организація устанавливается первоначально какъ фактъ, но постепенно все болѣе и болѣе проникается началами права не вслѣдствіе свободнаго самоограниченія или самообязыванія власти, а въ силу внѣшняго ея ограниченія, устанавливаемаго, благодаря взаимодѣйствію между властью и обществомъ. Ограниченія эти возникаютъ, множатся и крѣпнутъ по мѣрѣ роста общественнаго самосознанія. Культурное развитіе общества выдвигаетъ принципъ абсолютной цѣнности человѣческой личности, признаніе котораго совмѣстимо только съ законномѣрнымъ повиновеніемъ индивида государственной власти и съ обязательной правомѣрностью въ проявленіяхъ послѣдней.

СОДЕРЖАНІЕ

ВВЕДЕНІЕ

Стр.

§ 1. **Задача и предметъ энциклопедіи права** 7

Спеціализація научныхъ знаній, ея причины, достоинства и недостатки — 7. Потребность въ обобщенномъ знаніи и энциклопедія — 8. Дѣленіе правовѣдѣнія на спеціальности — 9. Дисциплина обобщающаго знанія въ правовѣдѣніи и возраженія противъ нея — 10. Научная самостоятельность правовѣдѣнія и предметъ энциклопедіи права — 12. Названія энциклопедіи права общей теоріей права и введеніемъ въ правовѣдѣніе — 12. Философія права — 13 и 14.

§ 2. **Очеркъ историческаго развитія научнаго правовѣдѣнія и энциклопедіи права** 14

I. Классическая римская юриспруденція — 14. Средневѣковыя школы глоссаторовъ и комментаторовъ — 15. Speculum iudiciale seu iuris Вильгельма Дурантиса — 17. Пропедевтическія и методологическія руководства XV вѣка — 18. Догматизмъ средневѣковаго мышленія — 18, и средневѣковаго правовѣдѣнія — 19.

II. Характеръ и культурныя задачи возрожденія — 19. Вліяніе возрожденія на правовѣдѣніе и элегантная школа французскихъ юристовъ въ XVI вѣкѣ — 20. Методологическія пропедевтики и синтагмы XVI вѣка — 22.

III. Проникновеніе въ правовѣдѣніе въ XVII столѣтіи раціонализма и школа естественнаго права — 23. Encyclopaedia iuris universi Гуніуса — 26. Пропедевтики раціоналистическаго направленія и ихъ вырожденіе въ XVIII столѣтіи — 26. Эмпирическое направленіе въ энциклопедіи права — 27, и «Опытъ юридической энциклопедіи» І. Ст. Пюттера — 28. Значеніе философской критики Канта для раціонализма въ правовѣдѣніи — 28.

IV. Раціоналистическое и эмпирическое направленіе въ энциклопедической литературѣ права къ концу XVIII вѣка — 28. Ученіе Шеллинга объ энциклопедіи, какъ органической системѣ науки — 29. Философія объективнаго, или абсолютнаго идеализма (Гегель) — 30. Историческая школа юристовъ — 30. Философское и органическое направленіе энциклопедіи права въ сороковыхъ и пятидесятыхъ годахъ XIX столѣтія — 31.

V. Крушеніе идеалистической философіи и его причины — 32. Особыя причины кризиса идеалистической философіи въ правовѣдѣніи — 33. Позитивная, или положительная философія Огюста Конта

— 34. Позитивный методъ — 35. Приложеніе его къ изученію общественныхъ явленій въ соціологіи — 36. Вліяніе позитивизма и соціологіи на научную постановку правовѣдѣнія — 37. Смѣшеніе въ правовѣдѣніи научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ — 38. Энциклопедіи права позитивнаго направленія — 38.

VI. Энциклопедіи государственныхъ наукъ — 39. Соединеніе въ юридическихъ энциклопедіяхъ общаго ученія о правѣ съ общимъ ученіемъ о государствѣ — 40.

VII. Преимущественное, начиная съ XVII вѣка, развитіе научной разработки энциклопедіи права въ Германіи — 40.

§ 3. **Новѣйшая учебная литература по энциклопедіи права** 41

I. «Введеніе въ правовѣдѣніе» въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ — 41. Критическое отношеніе къ позитивизму и поворотъ въ сторону идеалистическаго направленія въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи новѣйшаго времени: неокантіанство (Штаммлеръ) — 42, неогегельянство (Колеръ) — 45, обоснованіе философіи права на философіи культуры (Радбрухъ) — 46. Литература во время и послѣ Великой войны — 46.

II. «Общее введеніе въ изученіе права» во Франціи съ сороковыхъ годовъ XIX столѣтія — 46. Новѣйшіе общіе труды по энциклопедіи права на французскомъ языкѣ — 47.

III. Особенности англійской юриспруденціи и «теоріи права» англійскихъ юристовъ — 47.

IV. Русская литература энциклопедіи права. Сочиненіе Павла Дегая — 49. «Энциклопедія законовѣдѣнія» К. А. Неволина въ духѣ идеалистической философіи и органическаго направленія — 49. Поворотъ въ сторону эмпирическаго направленія: М. Н. Капустинъ и Н. К. Рененкампфъ — 50. «Лекціи по общей теоріи права» Н. М. Коркунова на началахъ позитивной философіи и методологіи — 50. Психологическая «Теорія права и государства» Л. І. Петражицкаго — 51. «Общая теорія права» Г. Ф. Шершеневича — 51. Традиція идеалистической философіи въ русскомъ правовѣдѣніи и «Философія права» В. Н. Чичерина — 52. Поворотъ отъ позитивизма къ научно-философскому идеализму среди теоретиковъ права въ Россіи въ новѣйшее время — 52. «Лекціи по энциклопедіи права» кн. Е. Н. Трубецкого — 52. «Очерки философіи права І. В. Михайловскаго — 52. «Очерки по теоріи права» П. Г. Виноградова — 52. «Общее ученіе о правѣ» Н. Н. Алексѣева и «Введеніе» Д. Н. Хлѣбникова — 53.

Часть первая

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ПРАВѢ

ГЛАВА І. УСТАНОВЛЕНІЕ ПОНЯТІЯ О ПРАВѢ 54

§ 4. **Предварительныя замѣчанія** 54

Задача позитивнаго опредѣленія права — 54. Понятіе соціальной нормы — 55. Четыре основныхъ момента въ построеніи соціальной нормы — 56.

§ 5. **Нормативный характеръ права** 56

Отрицаніе нормативнаго характера права — 57. Ученіе Гумповича — 58. Ученіе Шейна — 59. Основныя положенія названныхъ ученій и ихъ опроверженіе — 59. Нормативная функція права — 61. Отрицаніе нормативнаго дѣйствія права Биндеромъ и критика этого ученія — 62.

§ 6. **Двусторонній характеръ юридической нормы** 62
Вопросъ о специфическомъ характерѣ нормативнаго дѣйствія права сравнительно съ нормативнымъ дѣйствіемъ нравственности — 62. Ученіе Канта о безразличіи мотива въ правѣ — 63. Критика этого ученія — 64. Ученіе Л. І. Петражицкаго о двустороннемъ характерѣ юридической нормы, полученное путемъ психологическаго анализа индивидуальнаго этическаго сознанія — 65. Императивно-аттрибутивное дѣйствіе юридической нормы, какъ специфическій признакъ права — 67. Крайности психологизма и субъективизма въ теоріи Л. І. Петражицкаго — 68. Необходимость признанія реальности объективнаго права — 69. Необходимое восполненіе психологическаго изученія права соціологическимъ — 70.

§ 7. **Внѣшній авторитетъ въ правѣ** 71
Нормы автономныя, самозаконныя и гетерономныя (иноваконныя) — 71. Логическая необходимость обоснованія обязательности права на внѣшнемъ установленіи — 72. Ученіе догматической юриспруденціи о внѣшнемъ авторитетѣ въ правѣ и значеніе этого ученія — 73. Невозможность автономнаго дѣйствія права въ обществѣ и дѣйствительное значеніе выдвигаемаго Л. І. Петражицкимъ интуитивнаго права — 73. Вопросъ объ автономномъ и гетерономномъ характерѣ нравственности — 74. Необходимость внѣшняго установленія въ правѣ въ связи съ судомъ, какъ необходимымъ обезпеченіемъ объективнаго дѣйствія права — 75.

§ 8. **Принудительное осуществленіе права** 75
Данныя догматической юриспруденціи о принудительномъ осуществленіи права — 76. Соціологическое ученіе Іеринга о принужденіи въ правѣ — 77. Предѣлы и значеніе принудительнаго осуществленія права — 78. Психическое принужденіе въ области нравственности и различіе моральной и юридической санкціи — 79.

§ 9. **Цѣль въ правѣ** 81
Теорія индивидуальной свободы въ правѣ по ученію Канта — 81. Критика теоріи индивидуальной свободы Іерингомъ и выдвинутая имъ взамѣнъ теорія интереса въ правѣ — 82. Неубѣдительность Іерингової критики и недостаточность обѣихъ теорій, взятыхъ порознь — 82. Необходимость взаимнаго восполненія и сочетанія обѣихъ теорій — 84. Своеобразныя видоизмѣненія теоріи интереса въ правѣ въ ученіяхъ русскихъ ученыхъ: С. А. Муромцева — 86 и Н. М. Коркунова — 88. Общіе выводы по вопросу о цѣли въ правѣ — 89.

ГЛАВА II. ПРАВО И НРАВСТВЕННОСТЬ ВЪ ИХЪ ВЗАИМООТНОШЕНІИ . 91

§ 10. **Противоположеніе права и нравственности** 91
Ученіе о разнородности права и нравственности — 91. Разобщеніе права и нравственности въ ученіи Хр. Томазія — 92. Ученіе Іеринга объ исключительномъ дѣйствіи эгоизма въ правѣ — 93.

§ 11. **Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ** 96
Ученіе Іеллинека — 97. Признаніе и необходимое восполненіе теоріи этическаго минимума въ правѣ у Вл. Соловьева — 101.

§ 12. **Связь права съ нравственностью** 102
Единство происхожденія и цѣли права и нравственности — 102. Различіе путей осуществленія единой соціальной задачи въ правѣ и въ нравственности — 103. Типичность, точная опредѣленность и

формализмъ юридической обязанности — 103. Предѣлы допустимаго превращенія моральныхъ обязанностей въ обязанности юридическія — 104. Возможные конфликты правового притязанія съ нравственнымъ долгомъ и ихъ значеніе — 104. Случаи коренного противорѣчія между юридическою обязанностью и нравственнымъ долгомъ, и объясненіе ихъ — 105. Взаимодѣйствіе нравственности и права — 106.

ГЛАВА III. ПРАВО ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ И СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ . 107

§ 13. Объективная и субъективная сторона въ правѣ 107

Объективная и субъективная сторона права въ обыденной рѣчи и въ спеціальномъ пониманіи юриспруденціи — 107. Коррелативное взаимодѣйствіе объективной и субъективной сторонъ права — 108. Вопросъ о генетическомъ пріоритетѣ субъективныхъ правъ и объясненіе его — 109.

§ 14. Юридическія нормы 110

I. Функція юридическихъ нормъ: классическое ученіе и позднѣйшія поправки къ нему — 110. Отрицаніе Н. М. Коркуновымъ дозволительныхъ нормъ въ правѣ — 111. Вопросъ о существованіи въ правѣ описательныхъ, опредѣлительныхъ и т. н. отрицающихъ нормъ — 113.

II. Составъ юридической нормы: гипотеза и диспозиція — 113. Выясненная Л. І. Петражицкимъ двойственность функціи юридическихъ нормъ и ея повелительно-предоставительный характеръ — 114. Виды гипотезы по способу ея выраженія 115. Различіе диспозиціи по степени опредѣленности ея выраженія — 116. Составныя части нормъ уголовнаго права — 117.

§ 15. Юридическія отношенія 118

I. Два вида субъектовъ права — 118. Правоспособность — 118. Историческое образованіе и теоретическая конструкція юридическаго лица — 120. Ученіе Л. І. Петражицкаго о субъектѣ юридическихъ отношеній — 121. Порядокъ возникновенія юридическихъ лицъ — 123.

II. Право и обязанность, какъ необходимые элементы юридическаго отношенія — 123. Понятіе правового притязанія — 123. Рефлективное дѣйствіе права — 125. Коррелативность субъективнаго права и юридической обязанности — 125. Принципіальное отрицаніе субъективныхъ правъ у Дюги и несостоятельность этого ученія — 126.

III. Объектъ юридическаго отношенія. Объектъ перваго порядка и различные виды поведенія, требуемаго и дозволяемаго правомъ — 127. Юридическій объектъ второго порядка — 129. Вещи — 129. Нематеріальныя блага — 130. Отдѣльныя дѣйствія людей — 130. Значеніе проводимаго различія между юридическими объектами перваго и второго порядка — 131.

IV. Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній — 131. Юридическіе факты — 132. Юридическія дѣйствія — 132. Дѣеспособность — 133. Неправомѣрныя событія и правонарушенія — 133.

ГЛАВА IV. ПОЛОЖИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И ФОРМЫ ЕГО ПРОЯВЛЕНІЯ. . 135

§ 16. Понятіе источниковъ права и нормативныхъ фактовъ 135

Опредѣленіе положительнаго права — 135. Ученіе Л. І. Петражицкаго о дѣйствіи интуитивнаго права и разборъ этого ученія — 135. — 137. Введенный Л. І. Петражицкимъ терминъ: «нормативные

факты — 137. Необходимость отличать нормативные факты отъ фактовъ юридическихъ — 138.

§ 17. Основные источники и виды положительнаго права 139

Четыре категоріи источниковъ, или нормативныхъ фактовъ положительнаго права — 139.

I. Правотворящіе авторитеты единоличнаго характера — 139. Законъ Божій — 140. Законы государственные, или законы въ спеціальномъ смыслѣ этого слова — 140. Рецепція иноземнаго права и равные ея виды — 140. Право юристовъ, или научное право — 142.

II. Коллективный, или масовый авторитетъ въ правотвореніи — 145. Теорія обычнаго права въ классической римской юриспруденціи и традиціи ея до XVII вѣка — 146. Объясненіе дѣйствія обычнаго права въ школѣ естественнаго права — 147. Ученіе исторической школы объ обычномъ правѣ — 148. Нормативный фактъ обычнаго права — 148. Теорія по вопросу о первоначальномъ происхожденіи обычнаго права — 149. Роль прецедента въ обычномъ правѣ — 149. Способы выраженія и храненія обычнаго права — 149. Партикуляризмъ и консерватизмъ обычнаго права — 150.

III. Договоръ, какъ источникъ права международнаго и внутригосударственнаго — 150. Ученіе о договорѣ, какъ источникѣ права, въ классической римской юриспруденціи — 151. Нормативное значеніе договора въ школѣ естественнаго права — 152. Договоры-сдѣлки и договоры нормативные, или соглашенія — 152.

IV. Самостоятельное и субсидіарное (вспомогательное) значеніе судебной практики, какъ источника права — 153. Прецедентъ — 154. Практика другихъ, кромѣ суда, государственныхъ учрежденій — 154.

V. Взаимоотношеніе между различными источниками права со стороны исторической послѣдовательности ихъ развитія — 154, и въ порядкѣ ихъ сосуществованія — 155. Сравительная цѣнность юридическаго обычая и закона для культурнаго развитія общества — 156.

VI. Къ вопросу о терминахъ для обозначенія источниковъ и видовъ положительнаго права — 157.

§ 18. Ученіе Л. І. Петражицкаго о многообразіи нормативныхъ фактовъ и видовъ положительнаго права 157

Пятнадцать видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, современной наукѣ или не признаваемыхъ ею — 157. Критическій разборъ схемы Л. І. Петражицкаго и устраненіе изъ нея плеоназмовъ — 159.

ГЛАВА V. ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО 162

§ 19. Историческій очеркъ естественноправовой доктрины 162

Исконное противоположеніе положительному праву права идеальнаго 162. Неписанный законъ и справедливое по природѣ въ греческой литературѣ и философіи — 162. Послѣдовательное развитіе идеи естественнаго права въ римской юриспруденціи — 163. Воспріятіе римской идеи естественнаго права христіанствомъ — 165. Христіанское освященіе идеи естественнаго права въ Институціяхъ Юстиньяна — 165. Идея естественнаго права въ средніе вѣка и у протестантскихъ писателей XVI вѣка — 166. Школа естественнаго права и ея научное заданіе — 167. Дедуктивно-демонстративный методъ — 167. Исходная аксіома для раціональнаго построенія естественныхъ законовъ общежитія — 167. Связь теоретическаго индивидуализма школы съ практическими потребностями эпохи въ индивидуальной свободѣ — 168. Естественные законы общежитія и естественное право — 169. Двоякое отношеніе естественнаго права

къ положительному — 169. Неудача теоретическаго заданія школы естественнаго права и ея причины — 169. Вліяніе общественной идеологіи эпохи на построеніе различныхъ системъ естественнаго права — 170. Обнаруженіе практической несостоятельности школы естественнаго права и ея теоретическій кризисъ — 171. Смѣна раціонализма школы естественнаго права историческимъ эмпиризмомъ въ правовѣдѣніи — 172.

§ 20. Проблема естественнаго права съ точки зрѣнія позитивной науки и критической философіи 174

Водвореніе съ первой четверти XIX вѣка позитивизма въ исторіи, догматикѣ, политикѣ и теоріи права — 174. Отождествленіе научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ — 174. Неизбѣжность естественноправовой идеи въ политикѣ права — 175, и въ догматической юриспруденціи — 175. Возрожденіе естественнаго права 177. Раціональный характеръ естественнаго права и невозможность отождествленія естественнаго права съ интуитивнымъ — 178. Совмѣстимость идеи естественнаго права съ широко понятой положительной наукой — 178.

ГЛАВА VI. ПРАВО ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ 180

§ 21. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ объективной юридической нормы 180

I. Взглядъ на публичное право какъ на средство позитиваціи и обособленія правопорядка — 180.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по различію общихъ и частныхъ интересовъ, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи — 181.

III. Дѣленіе по различію способовъ правовой санкціи — 182.

IV. Дѣленіе по различію двухъ видовъ мотиваціи и соотвѣтствующихъ имъ двухъ системъ «правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ» — 182.

§ 22. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ элементовъ юридическаго отношенія 184

I. Отрицаніе субъективныхъ правъ въ публичномъ правѣ — 184.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по различію характера притязаній въ томъ и въ другомъ — 185.

III. Дѣленіе по различію способовъ использованія объекта для удовлетворенія разграничиваемыхъ интересовъ — 186.

IV. Ограниченіе частнаго права имущественными отношеніями — 187.

V. Дѣленіе права на публичное и частное по различію способовъ защиты — 188.

VI. Дѣленіе по различію характера субъектовъ въ публичноправовыхъ и частноправовыхъ отношеніяхъ — 188.

§ 23. Ближайшій составъ частнаго и публичнаго права и общая характеристика ихъ взаимоотношенія 189

Составъ частнаго права — 189. Отдѣльныя отрасли публичнаго права — 189. Историческая подвижность разграничительной грани между публичнымъ и частнымъ правомъ — 190. Вопросъ о выдѣленіи общественнаго права — 191.

ГЛАВА VII. ПРИМѢНЕНІЕ ПРАВА 193

§ 24. Интеллектуальный процессъ осуществленія права и значеніе профессіональныхъ юристовъ 193

Интеллектуальный, или логическій, и моральный процессы въ осуществленіи права — 193. Задача примѣненія права — 193. Необходимость профессіональныхъ юристовъ — 194. Отрицательное отношеніе къ профессіональнымъ юристамъ, различныя его причины и неосновательность ихъ — 195.

§ 25. Искусство примѣненія права, или юридическая техника . . . 197

I. Критика закона, низшая и высшая — 198.

II. Толкованіе закона: филологическое — 199, логическое — 200, систематическое — 200, историческое — 201. Начало законности въ толкованіи дѣйствующаго права — 203. Вопросъ о толкованіи завѣдомо ясныхъ законовъ — 203.

III. Пробѣлы въ положительномъ правѣ и вопросъ объ ихъ восполненіи — 204. Примѣненіе юридической нормы по аналогіи — 206. Теорія логической замкнутости, или законченности положительнаго права — 207. Свободное правотвореніе въ порядкѣ примѣненія права — 208.

IV. Субъективація права, юридическій анализъ и юридическая конструкція — 209.

ГЛАВА VIII. ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА 211

§ 26. Правомѣрные поступки 212

I. Представительство въ осуществленіи права — 212.

II. Права и обязанности абсолютныя и относительныя — 213.

III. Особенности субъективныхъ публичныхъ правъ и обязанностей въ порядкѣ осуществленія — 213

IV. Предѣлы осуществленія юридической обязанности — 216; погасительная давность и исполненіе т. н. естественныхъ обязательствъ — 217.

V. Осуществленіе правового притязанія: общій принципъ, его опредѣляющій — 219; борьба за субъективное право — 220; необходимость регулировать осуществленіе права нравственнымъ и гражданскимъ долгомъ — 222; принципъ neminem laedit, qui suo iure utitur — 224; злоупотребленіе правомъ — 225.

§ 27. Неправомѣрные поступки 227

Сущность неправомѣрнаго поступка — 227. Предупрежденіе правонарушеній — 228, и ихъ пресѣченіе — 228. Правоохранительная дѣятельность суда — 229. Реакція правопорядка, направляемая на объективную сторону правонарушенія — 229. Реакція правопорядка, направляемая на субъективную сторону правонарушенія: санкція юридическихъ нормъ и различные ея виды — 230, особенное значеніе наказанія — 231. Правонарушенія гражданскія и уголовныя (преступленія) — 231. Вмѣняемость — 232. Цѣли наказанія — 232. Соціальныя мѣры предупрежденія преступленій — 233.

ГЛАВА IX. ИСТОРИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНІЕ ПРАВА 234

§ 28. Историческое изученіе права до исторической школы 234

Зарожденіе историческаго изученія права въ XVI вѣкѣ во французской школѣ правовѣдѣнія — 234. Исторія права и древности права въ XVII—XVIII вв. — 235. Принципіально-отрицательное отношеніе школы естественнаго права къ историзму — 236, и косвен-

ное вліяніе ея на развитіе научнаго интереса къ исторіи права — 237. Мысли Лейбница о научной постановкѣ исторической юриспруденціи и его ученіе о внѣшней и внутренней исторіи права — 238. Эмпиризмъ Монтескье и его значеніе въ дѣлѣ насажденія историческаго элемента въ правовѣдѣніи — 240. Геттингенская школа историковъ права — 242. Различіе внѣшней и внутренней исторіи права со времени Густава Гуго — 242.

§ 29. **Историческая школа юристовъ и дальнѣйшее развитіе историческаго изученія права на началахъ позитивной методологіи и въ духѣ критической философіи** 244

Историческая обстановка, въ которой возникла историческая школа юристовъ — 244. Ученіе Савиньи о развитіи права и задачахъ историческаго его изученія — 245. Основныя положенія исторической школы — 247. Отраженіе романтизма въ ученіи исторической школы — 248. Измѣненія, внесенныя въ теоретическія построенія исторической школы философіей исторіи Гегеля — 249. Вліяніе позитивной философіи и соціологіи на научную постановку исторіи права — 250. Проведеніе Іерингомъ въ юриспруденцію реалистическаго и соціологическаго пониманія историческаго процесса развитія права — 252. Критика односторонняго позитивизма — 254. Задача и методъ исторіи права — 259.

§ 30. **Сравнительно-историческій методъ и сравнительное правовѣдѣніе** . 263

Сравнительный пріемъ въ законодательствѣ — 263, и въ судебной практикѣ — 263. Сравнительный пріемъ въ дѣлѣ теоретическаго изученія государства въ классической древности — 264. Сравнительный пріемъ въ средневѣковой юриспруденціи — 264, у Бодена — 264, и въ школѣ естественнаго права — 265. Значеніе сравнительнаго изученія права у Лейбница и Монтескье — 265. Сравнительныя конструкціи національнаго права въ исторической школѣ — 266. Сравнительный пріемъ въ разработкѣ всемірной исторіи права согласно философско-исторической схемѣ Гегеля — 266. Сравнительно-историческое изученіе права на началахъ позитивной методологіи — 267. Сравнительное правовѣдѣніе и соціологія — 268. Сравнительное правовѣдѣніе въ сферѣ догматической юриспруденціи — 268.

§ 31. **Исторія, догма и политика права** 269

Догматическая юриспруденція — 269. Двойственная задача исторіи права — 270. Политика права — 271. Взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права — 271.

Часть вторая

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ

§ 32. **Вступительныя замѣчанія** 273

Основные элементы человѣческаго общежитія — 273. Классификація союзовъ общежитія и неустановленность ея въ наукѣ — 274. Ограниченіе общаго ученія о государствѣ государствомъ новаго времени — 274. Измѣнчивость государственной организаціи — 275.

ГЛАВА X. КОНСТИТУТИВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ ГОСУДАРСТВА 276

§ 33. Территорія 276

I. Соціологическое значеніе территоріи для государственнаго строя: классическая теорія климатовъ — 276; ученіе Монтескье — 277; современная точка зрѣнія — 277.

II. Юридическая конструкція территоріи: взглядъ на территорію какъ на объектъ вещнаго обладанія со стороны государства — 278; территоріальное верховенство — 279; территорія, какъ пространственный предѣлъ дѣйствія государственной власти — 280.

§ 34. Государственная власть 280

I. Генезисъ государственной власти новаго времени — 281. Сеньератъ — 281. Сюзеренитетъ — 281. Муниципальная власть городовъ — 282. Всемірная власть церкви и священной имперіи въ средіе вѣка — 282. Образованіе независимыхъ централизованныхъ государствъ новаго времени — 283. Конструкція государственнаго суверенитета, данная Боденомъ — 283. Отношеніе суверенной государственной власти къ средневѣковымъ организаціямъ властвованія — 284. Конструкція монархическаго суверенитета — 285. Теорія общественнаго договора и ея значеніе для ученія о суверенитетѣ — 285. Конструкція юридической личности государства у Гоббса — 286. Теорія народнаго суверенитета — 286. Конструкція государства, какъ юридическаго лица, и ученіе о государственномъ суверенитетѣ — 287. Значеніе соединеній государствъ для ученія о суверенитетѣ — 289. Государства суверенныя и несуверенныя — 290. Непріемлемость ученія о несуверенномъ государствѣ — 290.

II. Опредѣленіе государственной власти какъ воли юридической личности государства — 291. Отверженіе этого опредѣленія Коркуновымъ и Дюги — 293. Разъясненіе методологическаго недоразумѣнія, допущеннаго названными учеными — 293. Опредѣленіе Коркуновымъ государственной власти какъ объекта юридическаго отношенія и критика этого ученія — 294. Отрицаніе въ ученіи Дюги юридической личности государства и государственнаго суверенитета, и критика этого ученія — 295.

§ 35. Населеніе 296

I. Доменіальное подданство, вассальная зависимость и муниципальное гражданство — 297. Государственное подданство и государственное гражданство — 297.

II. Народъ въ этнографическомъ и политическомъ смыслѣ — 298. Индивидуалистическая и коллективистическая, или соціальная концепція населенія — 299. Теоретическое различіе государства и общества — 301. Схема выдѣленія общественныхъ группъ по физіологическому началу кровнаго родства — 302, экономическому началу производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ — 302, и духовному началу нравственнаго и умственнаго развитія — 304. Юридическое закрѣпленіе и юридическая нивеллировка общественныхъ различій: сословный строй населенія и строй государственно-гражданскій — 305.

ГЛАВА XI. ФУНКЦІИ И ОРГАНЫ ГОСУДАРСТВА 306

§ 36. Основныя отрасли проявленія государственной власти . . . 306

Законодательство, судъ и управленіе — 306. Несложность функцій власти въ народномъ государствѣ — 308, и при феодальномъ строѣ — 309. Историческое образованіе функцій государственной власти въ государствѣ новаго времени — 310. Полное огосу-

дарствленіе суда — 310. Развитіе управленія и образованіе полицейскаго государства — 311. Теократическое обоснованіе государственной опеки въ XVII вѣкѣ — 312. Раціональное обоснованіе государственной опеки въ школѣ естественнаго права — 312. Просвѣщенный абсолютизмъ — 313. Либеральная система управленія — 313. Либеральная доктрина — 314, и идея правового государства съ точки зрѣнія задачъ государственной дѣятельности — 314. Обоснованіе либеральной доктрины у Джона Локка — 315, и у Канта — 316. Кризисъ либеральной доктрины и новое, съ половины XIX столѣтія, пониманіе задачъ государственнаго управленія — 316. Соціальная политика и культурное государство — 317. Понятіе о правленіи и правительственныхъ актахъ — 317.

§ 37. **Государственные органы** 318

Понятіе государственнаго органа — 318. Основное дѣленіе государственныхъ органовъ — 319. Личный составъ государственныхъ органовъ — 320. Обособленіе государственныхъ органовъ по функціямъ — 321. Ученіе Монтескье о раздѣленіи властей — 321.

ГЛАВА XII. КЛАССИФИКАЦІЯ ГОСУДАРСТВЪ 324

§ 38. **Распредѣленіе государствъ по количеству правящихъ лицъ и по степени обезпеченія общаго блага** 325

Схема распредѣленія образовъ правленія у Платона — 325, и у Аристотеля — 326. Ученіе Полибія о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ — 327. Традиція классической схемы — 329.

§ 39. **Распредѣленіе государствъ по степени обезпеченія личной свободы** 330

Сложность ученія Монтескье о классификаціи государствъ—330. Классификація по природѣ правленія и по принципу правленія—330. Опредѣленіе образа правленія по объекту государственнаго устройства — 332. Отношеніе государствъ къ свободѣ личности, какъ классификаціонный признакъ — 332. Свободное правленіе въ Англіи — 333: раздѣленіе властей — 333, и вопросъ о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ — 335. Правленія умѣренныя и деспотическія — 335. Устройство оборонительной силы государства, какъ классификаціонный признакъ — 337. Военное правленіе — 337. Сложныя государственныя образованія — 338. Общіе выводы относительно ученія Монтескье о классификаціи государствъ — 339. Распредѣленіе государствъ у Канта по формѣ властвованія и формѣ правленія — 340.

§ 40. **Распредѣленіе государствъ по различію культурнаго развитія и строенія общественныхъ элементовъ** 341

Вліяніе соціальной концепціи государства и эволюціонной точки зрѣнія на ученіе о классификаціи государствъ — 341. Классификаціонная схема Роберта Моля — 342. Общее замѣчаніе о схемѣ Моля и о другихъ классификаціонныхъ опытахъ этого рода — 345.

§ 41. **Образцы устройства и правленія современныхъ культурныхъ государствъ** 345

I. Монархіи и республики — 346.

II. Различіе образовъ правленія по составу народнаго представительства и законодательныхъ палатъ — 347.

III. Дуалистическій конституціонализмъ и парламентаризмъ — 349.

IV. Административная централизація и децентрализація — 350.

V. Различіе образовъ правленія по отношенію къ свободѣ личности — 351.

VI. Дѣленіе государствъ на простыя и сложныя — 352.

ГЛАВА XIII. ПРАВО ВЪ СИСТЕМѢ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ОРГАНИЗАЦІИ . 354

§ 42. Историческое взаимоотношеніе между правомъ и государствомъ . 354
Обезпеченіе государствомъ осуществленія права — 354. Постепенное развитіе законодательныхъ функцій государственной власти — 355. Монополизація правотворенія государственной властью и верховенство закона — 356. Воздѣйствіе права на государственную организацію: въ народномъ государствѣ и при феодальномъ строѣ — 357, въ государствѣ новаго времени — 358. Образованіе юридическихъ отношеній между государствомъ и населеніемъ — 359.

§ 43. Сосредоточеніе правотворенія въ рукахъ государственной власти . 360
I. Ученіе о законѣ въ формальномъ смыслѣ — 361. 1. Законодательная инціатива — 361. 2. Обсужденіе и одобреніе законопроекта — 363. 3. Санкція закона — 365. 4. Обнародованіе закона — 369. 5. Инкорпорація и кодификація — 370.
II. Указы и ихъ отличіе отъ законовъ — 371; чрезвычайные указы — 372.
III. Дѣйствіе законовъ во времени и въ пространствѣ — 375. 1. Вступленіе закона въ силу — 375. Законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія — 377. 2. Территоріальное дѣйствіе закона и столкновеніе разномѣстныхъ законовъ — 380.
IV. Законодательная регламентація дѣйствія другихъ, кромѣ закона, источниковъ и видовъ положительнаго права — 384. Вопросъ о свободномъ правотвореніи судьи въ законодательствѣ — 387.

§ 44. Оффиціальное и неоффиціальное право 390
Выводы, дѣлаемые изъ верховенства закона догматической юриспруденціей — 390. Неправильность этихъ выводовъ — 391. Необходимость различія оффиціальнаго и неоффиціальнаго права — 392. Соціологическое направленіе догматической юриспруденціи — 393.

ГЛАВА XIV. ВОЗДѢЙСТВІЕ ПРАВА НА ГОСУДАРСТВЕННУЮ ОРГАНИЗАЦІЮ 395

§ 45. Правовыя формы и правовые предѣлы проявленія государственной власти 395
I. Правовое государство въ его современномъ пониманіи — 396. Двѣ стадіи въ развитіи правового государства — 396. Законность правленія и ея значеніе — 397. Система субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ — 399. Сочетаніе законности правленія съ признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ — 401.
II. Дѣленіе законовъ на основные и обыкновенные — 401. Основные законы при старомъ порядкѣ и при новомъ конституціонномъ строѣ — 402. Формальный отличительный признакъ основныхъ законовъ — 404. Особый порядокъ измѣненія основныхъ законовъ — 407. Провѣрка конституціонной правомѣрности обыкновенныхъ законовъ предъ ихъ обнародованіемъ — 409. Судебный контроль надъ конституціонностью обыкновенныхъ законовъ — 411. Политическія гарантіи конституціонности законодательства — 411. Конституція въ матеріальномъ смыслѣ и конституція въ формальномъ смыслѣ — 412.
III. Обезпеченіе начала правомѣрности въ отправленіи суда — 413.

IV. Проникновеніе начала правомѣрности въ область управленія — 414. Административный актъ — 415, и его подзаконность — 416. Гарантіи, обезпечивающія правомѣрность въ управленіи — 417.

§ 46. Теоретическая конструкція взаимоотношенія между государствомъ и правомъ 419

Теорія прирожденныхъ и неотчуждаемыхъ естественныхъ правъ индивида — 420. Ученіе о самоограниченіи и самообязываніи государства правомъ — 421. Теорія суверенитета права — 422. Ученіе Дюги о подчиненіи актовъ властвованія праву — 423. Критика приведенныхъ теорій — 423. Логическое и этическое обоснованіе ограниченія государства правомъ — 425.

Работы проф. Ѳ. В. Тарановскаго:

Обзоръ памятниковъ магдебургскаго права западно-русскихъ городовъ литовской эпохи. Историко-юридическое изслѣдованіе, Варшава, 1897 г.

Интересъ и нравственный долгъ въ правѣ. Вступительная лекція, Варшавск. Унив. Изв., 1899, VIII и отд. изд.

Программа курса энциклопедіи юридическихъ и политическихъ наукъ, Варш. Унив. Изв., 1901, VIII.

Сравительное правовѣдѣніе въ концѣ XIX вѣка, Записки Общ. Ист., Филолог. и Права при Имп. Варш. Унив., вып. I, Варшава, 1902 г. и отд. изд.

Феодализмъ въ Россіи. Критическій очеркъ, Варш. Унив. Изв., 1902 г., IV и отд. изд.

Государственная практика и канцелярская наука въ XVIII вѣкѣ въ Германіи, Варш. Унив. Изв., 1902, VII.

Критическій разборъ сочиненія M. Deslandres'a, La crise de la science politique et le problème de la méthode (Paris, 1902), Журн. Мин. Нар. Просв., 1903 г., іюль.

Политическая доктрина въ Наказѣ императрицы Екатерины II, Сборникъ статей по исторіи права, посвящ. проф. М. Ф. Владимірскому-Буданову, Кіевъ, 1904 г., и отд. изд.

Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи. Историко-методологическое изслѣдованіе, Варшава, 1904 г.

Историческое происхожденіе юридической школы нѣмецкихъ государствовѣдовъ, Вѣстникъ Права, 1905 г., декабрь.

Лейбницъ и т. н. внѣшняя исторія права, Журн. Мин. Нар. Просв., 1906 г., мартъ, и отд. изд.

Leibnitz und die sogenannte äussere Rechtsgeschichte, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, XXVII, Germ. Abt., 1906.

Рецензія на работу проф. М. Поповилиева, Енциклопедия и обща теория на правото (София, 1905), Журн. Мин. Юст., 1907 г., январь.

Рецензія на сочиненіе С. А. Котляревскаго, Конституціонное государство. Опытъ политико-морфологическаго обзора (С.-Пб., 1907), Журн. Мин. Юст., 1907 г., февраль.

Историческое и методологическое взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права, Журн. Мин. Юст., 1907 г., мартъ.

Рецензія на сочиненіе C. Bornhak'a, Grundriss des deutschen Staatsrechts (Lpzg., 1907), Журн. Мин. Юст., 1907 г., мартъ.

Новѣйшіе труды по исторіи государственнаго строя Польши, Журн. Мин. Нар. Просв., 1907 г., май.

Къ исторіи науки государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, Журн. Мин. Нар. Просв., 1908 г., ноябрь.

Норманская теорія въ исторіи русскаго права, Записки Общ. Ист., Филолог. и Права при Имп. Варш. Унив., вып. 4, 1909 г., и отд. изд.

Акты Угличской Провинціальной Канцеляріи 1719—1726 гг., томы I и II, Москва, 1908—1909 гг.

Ѳ. И. Леонтовичъ, біографическій и научно-литературный очеркъ, Юрид. Записки, изд. Демид. Юрид. Лицеемъ, вып. I (VII), 1911 г. и отд. изд. Ярославль, 1911 г.

Отзывъ о сочиненіи бар. С. А. Корфа, Административная юстиція въ Россіи (2 тома, Спб., 1910 г.), Учен. Записки Имп. Юрьевск. Унив., 1911 г., № 8.

Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, Юрьевъ, 1911 г.

Отзывъ о сочиненіи В. И. Сергѣевича «Древности русскаго права», составленный по порученію Юрид. Фак. Имп. Юрьевск. Унив. для присужденія премія графа Сперанскаго, Юрьевъ, 1911 г.

Судьба Наказа императрицы Екатерины II во Франціи, Журн. Мин. Юст., 1912 г., январь, и отд. изд.

И. Е. Энгельманъ какъ историкъ права, Вѣстникъ Гражд. Права, 1913 г., № 1.

Замѣтки о Монтескье, Юрид. Записки, изд. Демид. Юрид. Лицеемъ, 1913 г., вып. I—II (XV—XVI) и отд. изд. Ярославль, 1913 г.

Соборное избраніе и власть великаго государя въ XVII столѣтіи, Журн. Мин. Юст., 1913 г., май.

Критическій разборъ сочиненія Fr. Andreae, Beiträge zur Geschichte Katharinas II. Die Instruction vom Jahre 1767 für die Kommission zur Abfassung eines neuen Gesetzbuches (Berlin, 1912), Журн. Мин. Юст., 1913, сентябрь.

Рецензія на сочиненіе Г. М. Бараца «Критико-сравнительный анализъ договоровъ Руси съ Византіей» (Кіевъ, 1910 г.), Византъ. Временникъ, 1913 г., томъ XX, вып. 2—3.

Новыя данныя по исторіи Уложенія царя Алексѣя Михайловича, Журн. Мин. Юст., 1914 г., сент., и отд. изд.

Рецензія на сочиненіе Б. Д. Грекова: Новгородскій домъ Св. Софіи, ч. I (Спб., 1914 г.), Журн. Мин. Юст., 1915 г., февраль.

Новый опытъ построенія философіи права въ русской литературѣ, Юрьевъ, 1915 г.

Памяти М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Опытъ истріографической характеристики, Юридич. Вѣстникъ, кн. XIV, 1916 г.

М. М. Ковалевскій какъ историкъ права, Вѣстникъ Гражд. Права, 1916 г., № 5.

Ученіе объ естественномъ правѣ, Журн. Мин. Юст., 1916 г., мартъ.

Учебникъ энциклопедіи права, Юрьевъ, 1917 г.

Рецензія на сочин. Б. А. Кистяковскаго, Соціальныя науки и право, Журн. Мин. Юст., 1917 г., кн. II—III.

Рецензія на сочиненіе Г. В. Плеханова: Исторія русской общественной мысли (т. I—II), Былое, 1917 г., кн. III.

Программа общаго курса исторіи русскаго права, Екатеринославъ, 1918 г.

Рецензія на сочиненіе P. de Tourtoulon'a: Les principes philosophiques de l'histoire du droit (1919), въ сербск. журн.: Архив за правне и друштвене науке, 1921 г., кн. II (XIX), № 4.

Задатак и метода историје права, Архив за правне и друштвене науке, 1921 г., кн. III, (XX), № 1.

Рецензія на сочиненіе: Stanislaw Kutrzeba, Historya ustroju Polski w zarysie (t. I—IV, 1920 г.), Архив за правне и друштвене науке, 1921 г., кн. III (XX), № 3.

Z powodu setnej rocznicy dzieła. I. B. Rakowieckiego, iako pierwszej pracy na polu historji porównawczej prawodawstw słowiańskich (1820—1920), Czasopismo prawnicze i ekonomiczne, Rocznik XIX, №№ 5—6, Kraków, 1921.

Монтескье о Россіи (къ исторіи Наказа императрицы Екатерины II), Труды русскихъ ученыхъ за границей, томъ I, Берлинъ, 1922 г.

Историја словенских права у пољској књижевности (Поводом нових пољских расправа из југословенскоі права), въ сербск. журн. Архив за правне и друштвене науке, кн. IV (XXI), №№ 5 и 6, 1922 г.

Періодизація въ исторіи права, Труды русскихъ ученыхъ за границей, томъ II, Берлинъ, 1923 г.

Напечатано и издано издательствомъ «СЛОВО», Берлинъ.

БИБЛИОТЕКА ИНСТИТУТА ЛЕНИНА

10 р

Складъ изданія:
Книготорговое Акц. Общ. «ЛОГОС»
Berlin SW 68